جامعة العلوم الإسلامية العالمية

كلية الدراسات العليا

قسم الفقه وأصوله

القرارات الخماسية لمحاكم الاستئناف الشرعية الأردنية

دراسة تحليلية تأصيلية

the quinary decisions of the Court of Appeals legitimacy of Jordan

Analytical study

إعـــداد

محمد محمود طالب أبو حسين

إشــــراف

د . محمد خلف بني سلامة

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في تخصص

القضاء الشرعي في جامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمان : ٢٠١٤/١٢/٢٨م

جامعة العلوم الإسلامية العالمية

كلية الدراسات العليا

قسم الفقه وأصوله

القرارات الخماسية لمحاكم الاستئناف الشرعية الأردنية

دراسة تحليلية تأصيلية

إعـــداد

محمد محمود طالب أبو حسين

إشـــراف

د . محمد خلف بني سلامة

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في تخصص

القضاء الشرعي في جامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمان : ٢٠١٤/١٢/٢٨م

القرارات الخماسية لمحاكم الاستئناف الشرعية الأردنية

دراسة تحليلية تأصيلية

the quinary decisions of the Court of Appeals legitimacy of Jordan

Analytical study

اسم الطالب

محمد محمود طالب أبو حسين

اسم المشرف

د . محمد خلف بني سلامة

نوقشت هذه الأطروحة وأجيزت بتاريخ (٢٨/١٢/٢٠١٤م)

أعضاء لجنة المناقشة :

الدكتـــور	الجامعة	التوقيع
١. الدكتور : محمد خلف بني سلامة (مشرفاً ورئيساً)	جامعة العلوم الإسلامية العالمية	....
٢. الأستاذ الدكتور : قحطان عبد الرحمن الدوري (عضواً)	جامعة العلوم الإسلامية العالمية	....
٣. الدكتور : عبد الناصر محمد جابر (عضواً)	جامعة العلوم الإسلامية العالمية	....
٤. الأستاذ الدكتور : محمد أحمد عوّاد الرواشدة (عضواً خارجياً)	جامعة مؤتة	....

The World Science & Education University (wise)
Faculty Of Graduate Studies
Dept Of Shariah Judgment

the quinary decisions of the Court of Appeals legitimacy of Jordan

Analytical study

Prepared by
Mohammad Mahmoud Taleb Abu-Hussein

Under supervision of
Prof. Dr. Muhammad Khalaf Bani Salamah

A Dissertation Submitted In Partial Fulfillment Of The Requirements For The Degree Of Doctor Of Philosophy Shariah Judgment At The World Islamic Science And Education University

The World Islamic Science And Education University

Amman: 28/12/2014

التفويض

أنا الموقع أدناه محمد محمود طالب أبو حسين أفوض جامعة العلوم الإسلامية العالمية بتزويد نسخ من أطروحتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبها.

اسم الطالب: محمد محمود طالب أبو حسين

التوقيع:

التاريخ: / /٢٠١٥

الإهــــداء

إلى نبي الرحمة ونور العالمين ... إلى سيد البشر أجمعين

((سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم))

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار . . ومن دفعني للعلم ، وأحمل اسمه بكل افتخار

((أبي الحبيب))

إلى التي سهرت الليالي لأجلي . . والتي أضاءت لي الدنيا . . ويسعد قلبي بها عند اللقيا

((أمي الغالية))

إلى رفيقة دربي زوجتي الحبيبة

إلى فلذات كبدي يارا ، وياسمين ، وسوار ، ومن سيأتي بعدهن إن شاء الله تعالى

إلى الأحبة ... إخوتي وأخواتي الذين أحاطوني بالحب والرعاية والعون والدعاء

إلى عمتي ، وأخوالي وخالاتي الفضلاء

إلى والديّ زوجتي الكريمين

إلى أصدقائي الأعزاء

و

إلى كل رافع للظلم ومتوخ للعدل ... ولكل من يتوق لأن يرى شريعة الله هي الحاكمة ...

أهدي لهم هذه الرسالة

شـكـر وتـقـديـر

لا يسعني في هذا المقام ، إلا أن أتقدم بالشكر الموصول إلى مشرفي الفاضل الدكتور محمد خلف بني سلامة . حفظه الله . الذي تفضل بإشرافه على هذه الرسالة ، وتكلف فيها الجهد والعناء في قراءتها وتنقيحها ، وعلى ما أتحف به هذه الرسالة من نصح وتوجيه وإرشاد . فجزاه الله خير الجزاء .

كما وأتقدم بالشكر الخالص للدكتور الفاضل خلوق ضيف الله آغا ، على تبنيه لهذا الموضوع ، وعلى ما قدمه من عون ومساعدة لي خاصة ، ولطلبة الجامعة عامة . فجزاه الله عنا خير الجزاء .

والشكر كل الشكر لفضيلة القاضي الدكتور وديع ابداح على ما وهبني من وقته ، وما أثرى به رسالتي هذه من تنقيح وتصويب ، بإبداء التوجيهات الغراء ، والنصائح المفيدة . وهذا المعهود عنه في نشر العلم ومساعدة طلبته . فجزاه الله خير الجزاء .

كما وأتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة اللذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الرسالة ، وهم أصحاب الفضيلة :

١- الدكتور محمد خلف بني سلامة . (مشرفا وئيساً) .
٢- الأستاذ الدكتور قحطان عبد الرحمن الدوري . (عضواً) . والذي تشرفت بأن تتلمذت على يديه أثناء الدراسة ، وها هو الشرف يتكرر ويتضاعف بأن يكون مناقشا لي .
٣- الدكتور عبد الناصر محمد الزيود . (عضواً) .
٤- الأستاذ الدكتور محمد أحمد الرواشدة . (عضواً خارجياً) .

ولا أغفل عن شكر جميع قضاة الشرع الشريف ، وموظفي محاكم الاستئناف الشرعية ، على ما قدموه من تسهيلات بإتاحة مجال البحث لي في سجلات لمكتبات المحاكم الاستئنافية الشرعية.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من علمني حرفاً طوال دراستي في كل مراحلها إلى أن وصلت إلى هذه المرحلة ، وأخص بالذكر أساتذتي في كلية الشريعة والقانون في جامعة العلوم الإسلامية العالمية حفظهم الله تعالى.

فهرس المحتويات

الملخص

القرارات الخماسية لمحاكم الاستئناف الشرعية الأردنية

دراسة تحليلية تأصيلية

إعـــداد

محمد محمود طالب أبو حسين

إشـــراف

د . محمد خلف بني سلامة

تاريخ المناقشة: ٢٠١٤/١٢/٢٨

جاءت القرارات الاستئنافية الخماسية لتجسد مقصد القضاء الأول في تحقيق العدل بين المتداعين من خلال توحيد النهج القضائي المتبع ، وبيان وجهة نظر ما استقرت عليه أعلى محكمة شرعية من آراء واجتهادات .

فتكوَنت هذه الرسالة من فصل تمهيدي ، وفصلين رئيسين ، وخاتمة . وابتَدأتْ بتمهيد لما ستحويه هذه الرسالة في طياتها . وقد استند الباحث للمعيار الهجائي في ترتيب الفصلين الرئيسين ، فابتدأ بالقرارات الخماسية في موضوعات الأحوال الشخصية ، والتنفيذ . جاعلا إياها في الفصل الأول ، مرتبا موضوعاته بحسب ترتيب قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م ، وهو القانون النافذ والمعمول به في وقت كتابة هذه الرسالة ، وإن احتوى الموضوع على أكثر من قرار فقد عمد الباحث للمعيار الزمني للقرارات في ترتيبها . ثم تلاه الفصل الثاني ، والذي خصص للحديث فيه عن القرارات الخماسية في موضوعات أصول المحاكمات الشرعية ، مرتبا إياها بحسب ترتيب قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م ، وهو القانون النافذ والمعمول به في وقت كتابة هذه الرسالة ، وإن احتوى الموضوع على عدة قرارات فقد عمد الباحث للمعيار الزمني للقرارات في ترتيبها . فتم البحث في القرارات الخماسية الصادرة عن محاكم الاستئناف الشرعية الأردنية بسرد النصوص المهمة فيها والإشارة إليها على أنها من متن القرار ، ومن ثم تحليلها ، وتأصيلها ، وتعليق الباحث عليها وإبداء رأيه فيها .

وفي النهاية اختتمت هذه الرسالة بذكر النتائج التي توصل إليها الباحث ، والتي يظهر فيها أهمية القرار الخماسي ، وكيف تم تعديل بعض مواد القانون تبعا لما كانت قد جاءت به عدد من القرارت الخماسية ، ثم انتهى الباحث إلى عدد من التوصيات ، والتي منها أن الحاجة أصبحت ماسة لإنشاء محكمة عليا شرعية خاصة مع وجود أربع محاكم استئنافية شرعية بنفس الدرجة .

الباحث

the quinary decisions of the Court of Appeals legitimacy of Jordan

Analytical study

Prepared by
Mohammad Mahmoud Abu-Hussein
Under supervision of
Prof. Dr. Mohammad Khalaf Bani Salamah

Abstract

Discussed on: 28/12/2014

The quinary appellate decisions came to embody the first aim of the judiciary in achieving the justice between litigants through the unification of the judicial practice approach, and to show the viewpoint of what the highest court of the legitimacy have been confirmed of the views and assumptions.

This thesis is composed of an introduction, two sections and a conclusion, and started with a short introduction to the thesis topics. The researcher based on the alphabetical order in arranging these two sections, and he started with the quinary decision of personal status issues and implementation, making them in the first section that was arranged according to the order of the Personal Status Law number 36 for the year of 2010, which is the applied law at the time of writing this thesis, even this section contains more than one decision the researcher arranges them according to the time schedule. Later in the second section which is devoted to interview the quinary decision on topics assets legitimacy trials, arranged them according to the order of the assets of the legitimate procedural Law number 31 for the year of 1959, the applied law at the time of writing this thesis. This section contains more than one decision that were arranged by the researcher according to their time schedule. The researcher had discussed the quinary decision of the Jordanian courts of appeal by listing the critical decisions and mention that were from the text of the decisions, and then analyzed and establish it, in addition to expressing the researcher opinion.

Finally the thesis ended with the research conclusions that explore the importance of the quinary decision, and how some articles of the law have been modified according to some of the quinary decisions. Then ended with the researcher recommendations about the urgent need to create a special legitimacy Supreme Court with the presence of four appellate courts legitimacy with the same degree.

The researcher

مقدمة

الحمد لله الذي لا معقب لحكمه ولا راد لقضائه الآمر بالحكم بما أنزل في قوله جل شأنه مخاطبا سيدنا محمدا صلى الله عليه وسلم في كتابه العزيز : ((وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ))[١] . والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين مبلغ الرسالة ومؤد الأمانة سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ، والسائرين على نهجه إلى يوم الدين وسلم تسليم كثيرا .

أما بعد :

فلما وجدت المحاكم الشرعية للفصل فيما بين المتخاصمين بتحقيــق العدالــة بيــنهم وإيصال الحق لصاحبه ، ولما كانت الوسيلة المثلى للوصول لهذه الثمرة هي تطبيق شــريعة الإسلام الحكيمة، وبما أن المحاكم الشرعية مرتبطة ارتباطا وثيقا مع هذه الشريعة الغــراء ، فتطبق أحكامها ومقاصدها في الخطى التي تسير عليها لتصل لقطع الخصومة بــين أطــراف الدعوى . وعندما كانت المحكمة الاستئنافية الشرعية هي المرجع النهائي فيما تصــدره مــن أحكام وقرارات لإجازة الأحكام الابتدائية أو فسخها ، وحيث إن الأحكام الاســتئنافية تصــدر بهيئة ثلاثية الأعضاء إلا في حالتين استثنائيتين لا ثالث لهما فتصدر بهيئة خماسية تظهر فيها خلاصة الرأي الاستئنافي وما يترتب على صدوره من أثر وحجية ، فكان من الأهمية بمكان الوقوف أمام هذه الأحكام والقرارات الاستئنافية الخماسية للتأمل فيها وتحليلها وبيان المصادر المعتمدة فيها عليها ، وذكر ما حوته من نصوص تشريعية ومذهبية بإســناد الآراء الفقهيــة والقانونية لأصحابها ، وتدعيمها بالأدلة النقلية والعقلية وعزوها إلى مظانها .

وبذلك فقد عزم الباحث على الكتابة في تحليل وتأصيل هــذه القــرارات الاســتئنافية الخماسية ، بالتوكل على الله تعالى سائلا إياه التوفيق والسداد ، فشرع الباحــث بجمــع هــذه الخماسيات لحصرها ، ثم البحث والدراسة فيها ، فلم يأل جهدا ولم يوفر وقتــا فــي النظــر والبحث في السجلات الاستئنافية ومكتبات المحاكم الشرعية ، حتــى خلــص إلــى أن عــدد القرارات الاستئنافية الخماسية الصادرة عن المحاكم الشرعية الأردنية وصل إلى ستة وثلاثين قرارا . وزيادة على ذلك ، وللتأكد فقد عمد الباحث إلى الكتب التــي كانــت تــورد أحكامــا استئنافية في بطونها ، كما عمد للنظر في القرارات الاستئنافية العاديــة ، وبعــض المواقــع

---

(١) . (المائدة : ٤٩) .

الالكترونية ، فراجعها للتأكد مما انتهى إليه لعل وعسى أن يكون قد غفل عن شـيئ منهـا ، وبذلك فقد انتهى إلى ما يلي .

- رأى الباحث إشارة الدكتور أحمد الداود في كتابه القضايا والأحكام في المحـاكم الشرعية في الصفحة ٣٣٦ من الجزء الأول إلى أن القرار رقم (٢٠٨٥٣) هـو قرار خماسي .

- وأشار القراران الصادران عن محكمة استئناف معان الشـرعية بـرقم (٦٧٥) ورقم (٩٨٦) إلى أن قراري محكمة استئناف عمان الشرعية رقـم (٣٦٣٤٢) ، ورقم (٢٠٢٢٤) على أنهما قراران خماسيان .

- كما أشار قرار محكمة استئناف إربد الشرعية الصادر عنها برقم (٣٥٣٤) فـي متنه بأن قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم (٢١٤٢٧) هو قرار خماسي .

- كما أشار أيضا قرار محكمة استئناف إربد الشرعية رقم (١٠٨٤٠) إلى أن قرار محكمة القدس الشرعية رقم (٩١٤٦) هو قرار خماسي .

- وأشار أيضا القراران الصادران عن محكمة اسـتئناف عمـان الشـرعية بـرقم (٨٩٩٨٤) ، ورقم (٩٢٠٢١) إلى أن القراران الصادران عنها بـرقم (٢٧٨٥٣) ورقم (٢٠٤٤) هما قراران خماسيان .

- كما وأشار موقع عدالة الإلكتروني إلى أن القرار رقم (١٦٨٦٦) هو قرار خماسي .

- وكذلك أشار موقع شبكة قانوني الأردن إلى أن القرارات ذوات الأرقام (١١٧٦١) ، ورقم (١٨٠١٠) ، ورقم (٢٠٩٠٢) ، ورقم (٣٧٨٠٥) هي قرارات خماسية .

إلا أنه بعد إعادة نظر الباحث وبحثه في السجلات الاستئنافية ، ومراجعته لأرقام القرارات المذكورة لم يجد أيا من القرارات السابقة المذكورة ، والمشار إليها على أنها قرارات خماسية كذلك ، بل وجدها قرارات استئنافية اعتيادية . وبذلك فقد عاد الباحث وتأكد لما خلص إليه من أن عدد القرارات الاستئنافية الخماسية للمحاكم الشرعية الأردنية بلغ ستة وثلاثين قرارا .

وعليه يسأل الباحث الله تعالى العلي القدير أن يكون قد وفقه في ما شرع بــه ، ومــا انتهى إليه ، وأن يتقبل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم ، وما كان من صواب فهو منه تعالى الواحد المنان ، وما كان من خطأ أو تقصير فمنه ومن الشيطان .

مشكلة الدراسة

لما تعددت الهيئات الاستئنافية التي جاءت لقضاء حوائج الناس المتزايدة ، فإن احتمالية اختلاف هيئة استئنافية مع أخرى وارد . ولما تعددت المحاكم الاستئنافية وتوزعت على أقاليم مختلفة الأمر الذي يعزز ويزيد من احتمالية وجود هذا الاختلاف والتناقض ، فكان السبيل بالخروج من ذلك بإيجاد القرارات الخماسية ، والتي تظهر أهميتها جلية من خلال الغاية السامية التي وجد من أجلها القضاء وهي إحقاق العدل وإعطاء كل ذي صاحب حق حقه . وذلك من خلال توحيد النهج القضائي بما يصدر من قرارات خماسية ، وبيان ما استقرت عليه أعلى محكمة شرعية من اجتهادات بإصدارها لقولها الفاصل في الأحكام المتعارضة ، وبيان رأيها في المسائل المستجدة بإخضاعها للقواعد والأصول الشرعية والقانونية .

- **ومن هنا جاءت هذه الدراسة لتجيب على أسئلة عديدة :**

أولا : هل يمكن أن يحدث تعارض بين القرارات الاستئنافية الصادرة عن المحاكم الاستئنافية الشرعية . وما مدى صلاحية محكمة الاستئناف الشرعية بالعدول عن مبدأ كانت قد اعتمدته سابقا واتخذته نهجا في أحكامها ؟

ثانيا : ما هي مسوغات إصدار قرار خماسي ؟

ثالثا : ماذا يقصد بمصطلح القرارات الخماسية ؟ وما هو الفرق بين القرار الاستئنافي (العادي) والقرار الاستئنافي الخماسي ونص المادة القانونية ؟

رابعا : ما هي شروط أعضاء هيئة القرار الخماسي ؟

خامسا : هل يعتبر القرار الخماسي بمثابة قرار محكمة التميز الشرعية فيما لو وجدت .

أهمية الدراسة

أولا : توضيح آلية عمل هيئات المحاكم الاستئنافية ، وإلزامية كل هيئة للأخرى .

ثانيا : بيان مرونة أحكام المحاكم الاستئنافية ، ومدى صلاحية المحكمة الاستئنافية .

مبررات اختيار الموضوع

جاء اختيار الباحث لهذا الموضوع لما هو آت :

أولا : لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : ((إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث ، صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له))[١]. ولأهمية هـذا الموضـوع ، وكونه من العلم الذي ينتفع به ، جاء اختيار هذا الموضوع .

ثانيا : محاولة إيصال رسالة علمية ذات فائدة تهم الدارسين والباحثين من القضاة والمحـامين والطلبة . وجمع القرارات الاسئنافية الخماسية في كتاب واحد يضاف للمكتبة القضائية لخلوها من ذلك .

ثالثا : من خلال عمل الباحث في المحاكم الشرعية ، وما رأى من الحاجة إليه بالاعتماد على مبدأ وقرار معتمد تنتهجه محكمة الاستئناف الشرعية وتسير وفقه ، لكي يتم اتباعه والتمشـي وفقه . وعظيم الاهتمام من القضاة والمختصين بصدور أي قرار خماسي جديد .

الدراسات السابقة

بعد البحث المستفيض والدراسة المعمقة وسؤال المختصين وبذل الجهد في البحـث فـي المكتبات الفقهية القضائية والقانونية ، فقد توصل الباحث إلى مرحلة يجزم فيها بأنه لا توجـد دراسة مختصة سابقة قامت بجمع القرارات الخماسية لمحاكم الاستئناف الشرعية ودراسـتها وتحليل نصوصها وتأصيلها .

إلا أن هناك عدداً من الكتب احتوت ما بين أسطرها على بعض القرارات الخماسـية لمحكمة استئناف عمان الشرعية ، لكنها لم تولها أهميتها ولم تمنحها حقها . بل اكتفت بالإشارة عند ذكر القرارات أن القرار المشار إليه هو قرار خماسي ليس إلا ، فضلا عن الكتب التـي شرحت القانون وعرجت على ذكر مادة القرار الخماسي دون سرد الأمثلـة عليـه . وهـذه الدراسات والكتب هي :

١- القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، للدكتور أحمد محمد علي داود . وقد جمع المؤلف في هذا الكتاب أغلب القرارات الاستئنافية في الأحـوال الشخصـية ، وذكـر

---

(١) . الصنعاني ، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني (بلا تاريخ طبعة) ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ١٢٦ ، دار الحديث ، بلا مكان نشر .

المبادئ التي اعتمدتها محكمة الاستئناف الشرعية والاجتهادات التي سارت عليها في قراراتها . **وبه سرد المؤلف عددا لا بأس به من القرارات الاستئنافية جاعلها حسب الموضوع ، وقام بوضع عنوان لموضوع القرار مع تذيله برقمه الاستئنافي دون شرحه ، وفيما إن وجد قرار خماسي كان يذكر ذلك بعد عنوان القرار** . وهو منشور لدى دار الثقافة في عام ٢٠١١م .

٢-القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى ، للدكتور أحمد محمد علي داود . وهذا الكتاب شبيه بالكتاب السابق ، **وفيه قام المؤلف بفهرسة القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية بحسب الموضوع ، وكان يضع عنوانا للقرار مع تذيله برقمه الاستئنافي دون شرحه ، والاكتفاء بالإشارة إلى هذا القرار قرار خماسي عند ذكر عنوانه** . وهو منشور لدى دار الثقافة في عام ٢٠١١م .

٣-كتاب شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني ونظام القضاء الشرعي للدكتور عبد الناصر أبو البصل . **وقد تطرق صاحب الكتاب من خلال شرحه لقانون أصول المحاكمات الشرعية إلى شرح المادة ١٥٠ والتي تتحدث عن القرارات الخماسية .** وهو منشور لدى دار الثقافة في عام ٢٠٠٥م .

٤-القرارات القضائية في الأحوال الشخصية حتى عام ١٩٩٠ م ، للشيخ عبد الفتاح عايش عمرو . وفيه جمع المؤلف أغلب القرارات الاستئنافية في موضوعات الأحوال الشخصية حتى عام ١٩٩٠م ، **وذكر قرارات محكمة الاستئناف في موضوعات الأحوال الشخصية جاعلها حسب الموضوع . وجعل عنوانا لموضوع القرار مع ذكر رقمه الاستئنافي دون الشرح عليه ، وفيما إن وجد قرار خماسي كان يشير لذلك عند رقم القرار** . وهو منشور لدى دار يمان في عام ١٩٩١م .

٥-القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية حتى عام ١٩٩٠ م ، للشيخ عبد الفتاح عايش عمرو . وفيه جمع المؤلف أغلب القرارات الاستئنافية في موضوعات أصول المحاكمات الشرعية حتى عام ١٩٩٠م ، **وذكر قرارات محكمة الاستئناف في أصول المحاكمات الشرعية جاعلها حسب الموضوع . وجعل عنوانا لموضوع القرار مع ذكر رقمه الاستئنافي دون الشرح عليه ، وفيما إن وجد قرار خماسي كان يشير لذلك عند رقم القرار** . وهو منشور لدى دار يمان في عام ١٩٩١م .

وعليه فإن هذه الدراسة تتميز عن غيرها بجمع القرارات الاستئنافية الخماسية الصادرة عن جميع المحاكم الاستئنافية الشرعية ، والتي كانت مبعثرة بين صفحات سجلاتها ويصعب على الباحث الرجوع للقرار الذي يريد . وكذلك التخصص بالقرارات الخماسية ودراستها حصرا دون سواها ، مع الوقوف على تحليلها وتأصيلها . وهذا ما خلت منه الدراسات السابقة .

منـــهجيـــة البـــحـــث

يتلخص منهج الباحث في هذه الدراسة باتباع **المنهج الاستقرائي .**

وذلك من خلال تحليل القرارات الاستئنافية الخماسية وما حوته من نصوص تشريعية ومذهبية ، واستقراء القرارات الاستئنافية المتعارضة بداية ، والتي بموجبها تم إصدار القرار الخماسي . ومن ثم استقراء القرار الخماسي الذي تم إيجاده من قبل المحكمـــة الاســـتئنافية ، والرجوع للمصادر التي اعتمدتها المحكمة الاستئنافية في إصدارها وإقرارها للقرار الخماسي ، وإسناد الآراء الفقهية والقانونية إلى أصحابها . وعزوها إلى مظانها ، وتـــدعيمها بالأدلـــة النقلية والعقلية .

وعليه فقد انتهج الباحث هذه المنهج مع تضمينه بالتحليل والتأصيل ، بذكر مضـــمون القرارات المتعارضة ، وبيان مضمون القرار الخماسي ، وتعليق الباحث عليه ليبقى الـــنص مترابطاً سهل الفهم . وعليه فقد تم الاكتفاء بهذه المناهج دون الاعتماد على المنهج المقارن في مناقشة الأراء ، والترجيح بينها .

خـــطـــة الـــبـــحـــث

الفصل التمهيدي

- المبحث الأول : نشأة محاكم الاستئناف الشرعية وتاريخها ، ووظيفتها .

المطلب الأول : نشأة محاكم الاستئناف الشرعية وتاريخها .

المطلب الثاني : وظيفة محاكم الاستئناف الشرعية .

- المبحث الثاني : مفهوم القرار الاستئنافي الخماسي في اللغة ، وفي الاصطلاح القضائي .

المطلب الأول : مفهوم (القرار) في اللغة ، وفي الاصطلاح القضائي .

المطلب الثاني : مفهوم (الاستئنافي) في اللغة ، وفي الاصطلاح القضائي .

المطلب الثالث : مفهوم (الخماسي) في اللغة ، وفي الاصطلاح القضائي .

المطلب الرابع : مفهوم (القرار الاستئنافي الخماسي) في الاصطلاح القضائي .

المطلب الخامس : ألفاظ ذات صلة .

الفرع الأول : الألفاظ التي تتعلق بالقرار .

الفرع الثاني : الألفاظ التي تتعلق بالاستئناف .

- المبحث الثالث : الفرق بين القرار الاستئنافي ، والقرار الاستئنافي الخماسي ، وأهمية القرار الاستئنافي الخماسي ودواعي إصداره .

المطلب الأول : الفرق بين القرار الاستئنافي ، والقرار الاســـتئنافي الخماسي .

المطلب الثاني : أهمية القرار الاستئنافي الخماسي ودواعي إصداره.

- المبحث الرابع : انعقاد هيئة القرار الخماسي ، وشروط أعضائها .

المطلب الأول : كيفية انعقاد الهيئة الاستئنافية الخماسية .

المطلب الثاني : شروط أعضاء قضاة الهيئة الخماسية .

المبحث الأول : نشأة محاكم الاستئناف الشرعية وتاريخها ، ووظيفتها .

وفيه مطلبان :

نص الدستور الأردني في مادته التاسعة والتسعين على أن المحاكم في المملكة ثلاثة أنواع : وهي المحاكم النظامية . والمحاكم الدينية . والمحاكم الخاصة[١] . كما نصت المادة ١٠٠ منه على أن : تعين أنواع جميع المحاكم ، ودرجاتها ، وأقسامها ، واختصاصاتها ، وكيفية إدارتها بقانون خاص ، على أن ينص هذا القانون على إنشاء قضاء إداري على درجتين[٢] . وتقسم المحاكم الدينية إلى المحاكم الشرعية الإسلامية ، ومجالس الطوائف الدينية الخاصة بغير المسلمين . وتقوم المحاكم الشرعية بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية فيما بين المسلمين . وتقسم إلى محاكم البداية[٣] ، ومحاكم الاستئناف . فتقوم محاكم البداية بفصل النزاعات وفض الخصومات بين المتداعين ، والتي تنظر في النزاعات والدعاوى المعروضة عليها ، وتفصل فيها وفقا للتشريعات النافذة المستمدة من الشريعة الإسلامية . وتتشكل الهيئة القضائية فيها من قاض منفرد وكاتب .

أما المحاكم الاستئنافية فيرتكز عملها على تدقيق الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الشرعية الابتدائية ، وتكون أحكامها أحكاما قطعية بالنسبة للأحكام والقرارات المستأنفة أمامها ، فلو تقدم المستأنف بلائحة استئنافه طالبا فيها فسخ الحكم الذي استأنفه

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٠٩٣ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٢/١/٨ ، ص ٣ .

(٢) . المرجع السابق ، وانظر أيضا : كنعان ، نواف (٢٠١٣م) ، **مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني وفقا للتعديلات الدستورية لعام ٢٠١١م** ، الطبعة الأولى ، ص ٢٩٨ ، إثراء للنشر والتوزيع ، عمان ــ الأردن .

(٣) . قامت دائرة قاضي القضاة وهي الجهة المسؤولة عن المحاكم الشرعية بتقسيم المحاكم الشرعية لأغراض إدارية وتنظيمية ، فأوجدت محاكم للقضايا ، والتي تقوم بالفصل بين خصومات المتقاضين . انظر موقع دائرة قاضي القضاة الأردنية على الشبكة العالمية :
http://www.sjd.gov.jo/LegislationCourt/IssuesCourt.aspx تاريخ ٢٠١٤/١٠/٢٧ م . كما وأوجدت محاكم للتنفيذ ، والتي تتابع أحكام محاكم القضايا بعد طرحها للتنفيذ . انظر موقع دائرة قاضي القضاة الأردنية على الشبكة العالمية :
http://www.sjd.gov.jo/LegislationCourt/Enforcement.aspx تاريخ ٢٠١٤/١٠/٢٧ م . كما وأوجدت محاكم للصكوك والتوثيقات . ، والتي تسجل الإقرارات والعقود والشروط والاتفاقات المسجلة من قبل أصحابها ، والتي تقع ضمن اختصاص المحاكم الشرعية . انظر موقع دائرة قاضي القضاة الأردنية على الشبكة العالمية : http://www.sjd.gov.jo/LegislationCourt/DocumentationCourt.aspx تاريخ ٢٠١٤/١٠/٢٧ م . كما وأوجدت محاكم للتركات ، والتي تقوم تحرير التركات والفصل في الادعاء بملكية أعيانها ، والحكم في الدعاوى والديون التي عليها ، وتقسيمها بين الورثة باستثناء الأموال غير المنقولة . انظر موقع دائرة قاضي القضاة الأردنية على الشبكة العالمية :
http://www.sjd.gov.jo/LegislationCourt/inheritanceCourt.aspx تاريخ ٢٠١٤/١٠/٢٧ م .

مخاطبا المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم ، فإن المحكمة الاستئنافية تقوم برد الاستئناف شكلا دون الدخول فيه موضوعا ، وذلك تمشيا مع المادة ١٤٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية حيث تنص على أن : "للمستأنف أن يقدم الاستئناف إلى محكمة الاستئناف الشرعية مباشرة أو بواسطة أية محكمة أخرى ..."[١] . كل محكمة حسب اختصاصها المكاني . إلا أنه يقع ضمن اختصاص المحكمة الشرعية الابتدائية نفسها الحق بنظر الطعون الواردة على القضايا التي أصدرت فيها حكمها ، من خلال النظر بالاعتراض المقدم لها على حكمها الغيابي أو النظر بطلب إعادة المحاكمة[٢] ، أو ما زالت تنظرها ، وأصدرت فيها قرارها وتم الاعتراض عليه ، كالقرار معجل التنفيذ في دعوى ما[٣] .

المطلب الأول : نشأة محاكم الاستئناف الشرعية وتاريخها .

المطلب الثاني : وظيفة محاكم الاستئناف الشرعية .

المطلب الأول : نشأة محاكم الاستئناف الشرعية ، وتاريخها .

محكمة الاستئناف الشرعية هي أعلى جهة قضائية شرعية في المملكة الأردنية الهاشمية ، وهي المحكمة الوحيدة التي تختص بتدقيق الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

(٢) . نصت المادة ١٠٩ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه : "إذا قدم الاعتراض ضمن المدة القانونية تقرر المحكمة ــ والمقصود هنا المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم ــ قبوله ، وتنظر في أسباب الاعتراض ، وتصدر حكمها بعد ذلك إما بفسخ الحكم الغيابي ، أو تعديله ، أو رد الاعتراض" . كما نصت المادة ١٥٣ من نفس القانون على : "يجوز لأحد الخصمين أو من يقوم مقامه أن يطلب إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية ، والأحكام التي تصدر من المحاكم البدائية ، ولا يقبل فيها الاعتراض ..." .

(٣) . تعجيل التنفيذ : هو تنفيذ الحكم فور صدوره دون الانتظار إلى أن يصبح غير قابل للطعن . أو هو تنفيذ قرار معين تصدره المحكمة بصورة عاجلة أثناء نظر الدعوى ، وذلك لاعتبارات عملية ، وإنسانية تقتضيها ظروف القضية المعروضة أمام القضاء . انظر : أبو البصل ، عبد الناصر موسى (٢٠٠٥م) ، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، الطبعة الأولى / الإصدار الثاني ، ص ١٩٤ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . كما جاء في معجم القانون أن النفاذ المعجل هو : قابلية الحكم لأن ينفذ تنفيذا مؤقتا قبل استنفاد طرق الطعن فيه . انظر مجمع اللغة العربية (١٤٢٠هـ/١٩٩٩ م) ، **معجم القانون** ، بلا رقم طبعة ، الباب الثالث ، ص ٢٤٦ ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة . وعرفه المستشار سيف النصر سليمان محمد بأنه تنفيذ الحكم رغم قابليته للطعن فيه بطرق الطعن العادية أو الطعن فيه بأحد هذه الطرق . انظر : محمد ، سيف النصر سليمان (١٤٢٥ هـ/٢٠٠٥ م) ، **مرجع القاضي والمتقاضي في القضاء المستعجل وإشكالات ومنازعات التنفيذ المدنية والتجارية والأحوال الشخصية الصادرة عن محاكم الأسرة وقاضي الأمور الوقتية** ، الطبعة الخامسة ، ص ٤٤ ، مطبعة زهران ، القاهرة ــ مصر .

الشرعية الابتدائية استئنافا كل محكمة حسب اختصاصها المكاني . ذلك أن محاكم الاستئناف الشرعية عددها أربع محاكم كما سيأتي ذكره .

بدأت الدولة الأردنية بمحكمتي استئناف شرعيتين . حيث صدر في عام ١٩٥١ م نظام محاكم الاستئناف الشرعية رقم واحد لسنة ١٩٥١ م ، والصادر بموجب المادة الثانية من قانون تشكيلات المحاكم الشرعية رقم واحد وأربعين لسنة ١٩٥١م ، وأوجد من خلاله محكمتي استئناف شرعيتين ، عادّاً "مجلس التدقيقات الشرعية"(١) المحكمة الأولى من محاكم الاستئناف الشرعية ومكانه في عمان . وبيّن اختصاص هذه المحكمة بنظر ما يصلها من دعاوى مستأنفة صادرة أحكامها عن المحاكم الابتدائية لكل من ألوية عجلون ، والبلقاء ، والكرك ، ومعان(٢).

أما المحكمة الأخرى فكانت محكمة الاستئناف الشرعية في القدس ، وكانت تختص بنظر ما يصلها من دعاوى مستأنفة صادرة أحكامها عن المحاكم الابتدائية لكل من ألوية نابلس ، والقدس ، والخليل(٣) . فقد كانت هذه المدن في ذاك الوقت لا تزال ألوية . كما هو الحال بالنسبة لمدن عجلون ، والبلقاء ، والكرك ، ومعان .

ثم وبنفس العام صدر نظام محكمة الاستئناف الشرعية رقم ثلاثة لسنة ١٩٥١ م ، وبموجبه ألغي النظام رقم واحد لعام ١٩٥١ م ، فنصت المادة الثانية منه على أن تؤلف محكمة استئناف واحدة ، ويكون مركزها في مدينة عمان ، وتقوم بنظر الدعاوى المستأنفة ، والطعون الواردة على الدعاوى الصادرة عن جميع المحاكم الشرعية الابتدائية ، كما نصت على أنه يجوز انعقادها حين الإيجاب في مدينة القدس(٤) . موجدةً بذلك محكمة قانون واحدة تسري أحكامها على جميع المحاكم الشرعية بتصديق الحكم ، أو فسخه ، أو تعديله .

---

(١) . هذا ما كان يطلق على الجهة المخولة برقابة المحاكم الشرعية وإدارتها في ذلك الوقت ، والتي كانت تتكون من قاضي القضاة رئيسا وعضوين آخرين . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ٣١٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٣١/٨/١٨ ، ص ٣٦٦ ، المادة ٥ من قانون المحاكم الشرعية وتعديلاته لسنة ١٩٣١ م .

(٢) . حيث كانت هذه المدن في ذاك الوقت لا تزال ألوية .

(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٠٦٣ الصادر بتاريخ ١٩٥١/٤/٥ م ، ص ١٠١٣ .

(٤) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٠٨٣ الصادر بتاريخ ١٩٥١/٨/١٨ م ، ص ١٣٠٥ .

إلا أن هذا النظام ألغي أيضا بصدور نظام محاكم الاستئناف الشرعية رقم عشرين لسنة ١٩٧٧ م ، والصادر بمقتضى المادة رقم واحد وعشرين من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم تسعة عشر لسنة ١٩٧٢ م(١) . والذي عاد وجاء بمحكمتي استئناف شرعيتين ، إذ نصت المادة الثالثة منه على ما يلي :

أ _ تختص محكمة الاستئناف الشرعية في عمان بالفصل في الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الضفة الشرقية من المملكة الأردنية الهاشمية .

ب _ تختص محكمة الاستئناف الشرعية في القدس بالفصل في الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الضفة الغربية من المملكة الأردنية الهاشمية(٢) .

ثم وفي عام ٢٠٠٣ م صدر نظام محاكم الاستئناف الشرعية رقم "١٢٩" لسنة ٢٠٠٣ م . والذي شكلت من خلاله محكمة استئنافية شرعية ثالثة مقرها في مدينة إربد ، وتقوم بالفصل في الأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية الابتدائية في محافظات إربد ، والمفرق ، وجرش ، وعجلون ، والمناطق التابعة لأي منها وفقا لنظام التقسيمات الإدارية المعمول به(٣) . نازعا بذلك المحاكم الابتدائية لهذه المحافظات من اختصاص محكمة استئناف عمان الشرعية . لاغيا بذلك أيضا نظام محاكم الاستئناف الشرعية رقم عشرين لسنة ١٩٧٧ م السابق .

وبقي العمل بهذا النظام قائما حتى عام ٢٠٠٦ م . إلا أنه ولازدياد عدد سكان المملكة وبالتالي التزايد المستمر لأعداد الدعاوى المستأنفة . فقد تم إقرار نظام محاكم الاستئناف الشرعية رقم ستة وثلاثين لسنة ٢٠٠٦ م . والذي جاء منشئا لمحكمة استئناف شرعية رابعة مقرها في مدينة معان . وذلك لمواكبة الزيادة العددية في القضايا المستأنفة . وتختص هذه المحكمة بفصل الأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية الابتدائية في محافظات معان ،

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٣٥٧ الصادر بتاريخ ١٩٧٢/٥/٦ م ، ص ٨٣٤ . وانظر أيضا : فريحات ، إيمان (٢٠٠٨ م) **تاريخ القضاء في الأردن "١٩٢١ م – ١٩٨٩ م"** ، الطبعة الأولى ، ص ٨٠ ، ٨١ ، مطبعة الفنار ، الأردن ــ عمان .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٩٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٧/٣/٢٠ م ، ص ٩٤٤ .

(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ٤٦٢٠ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٧/٢٩ م ، ص ٤٩٩٣ .

والطفيلة ، والعقبة ، والمناطق التابعة لأي منها وفقا لنظام التقسيمات الإدارية المعمول به ونظام تشكيل المحاكم الشرعية فيها[١] .

وفي نفس هذا النظام جاء النص على اختصاص محكمة استئناف القدس الشرعية بالنظر والفصل في الأحكام الصادرة عن محكمة القدس الشرعية الابتدائية ورئيس التنفيذ فيها[٢] . لاغياً بذلك نظام محاكم الاستئناف الشرعية رقم "١٢٩" لسنة ٢٠٠٣ م السابق ذكره .

وقد ألحق هذا النظام بنظام محاكم الاستئناف الشرعية رقم أربعة وتسعين لسنة ٢٠٠٩ م . والقاضي بشمول محكمة استئناف معان الشرعية للقضايا المستأنفة الصادرة عن المحاكم الابتدائية الشرعية في مدينة الكرك بعد أن كانت تتبع لمحكمة استئناف عمان الشرعية[٣] .

ويلاحظ أنه منذ انعقاد مؤتمر أريحا بنهاية عام ١٩٤٨ م[٤] . والذي أعلن فيه الشعب الفلسطيني رغبته في الوحدة مع المملكة الأردنية الهاشمية ، والذي تمت بالفعل بموجبه الوحدة بين الضفة الغربية والمملكة الأردنية الهاشمية بعد قرار مجلس الأمة الأردني عام ١٩٥٠ م . بقيت المقدسات الإسلامية بما فيها المحاكم الشرعية تحت وصاية الدولة الأردنية وإشرافها عليها ، حتى بعد فك الارتباط بين الضفة الغربية والمملكة الأردنية الهاشمية عام ١٩٨٨ م[٥] . حيث لم يؤثر هذا القرار على امتداد الصلاحيات القضائية بالنسبة للمحاكم الشرعية في الأردن لمثيلتها المحاكم الشرعية في القدس . فقد استثنيت المقدسات والأوقاف الإسلامية والمحاكم الشرعية من قرارات فك الارتباط . وذلك تأدية لواجب الهاشميين المقدس تجاه مدينة القدس بما تحويه من أوقاف ومقدسات ، ولتمسكهم بمسؤولياتهم التاريخية نحو المقدسات

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ٤٧٥٩ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٥/١٦م ، ص ١٨٠٠ .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٤٧٥٩ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٥ م ، ص ١٨٠٠ .

(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٤٩٩٠ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/١٠/١٥ م ، ص ٥٥٤٠ .

(٤) . مؤتمر أريحا هو المؤتمر الذي ضم زعامات فلسطينية طالبت بوحدة الضفة الغربية مع المملكة الأردنية الهاشمية . إلا أن الوحدة حصلت فعليا بين الضفتين عام ١٩٥٠ م .

(٥) . نصت المادة الثانية من النظام رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٨ م ، والمسمى نظام إلغاء الأجهزة الحكومية في الضفة الغربية على ما يلي : أ ــ باستثناء ما نص عليه في الفقرة ب من هذه المادة تلغى جميع المديريات والأقسام والفروع والشعب في الضفة الغربية التابعة للوزارات والدوائر والمؤسسات الرسمية العامة أو الملحقة بها . ب ــ تستثنى من أحكام هذا النظام المديريات والأقسام والفروع والشعب التابعة لكل من وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، ودائرة قاضي القضاة . انظر الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٣٥٦٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٨/١٦ م ، ص ١٥٨٤ .

الإسلامية ، وخوفا من استغلال الاحتلال الصهيوني لقرار فك الارتباط[١] ، وكذلك لحملهم همّ الأمة الإسلامية جمعاء ، وارتباطهم الوثيق بتولي مسؤولية صيانة المقدسات الإسلامية ، وحفظها على طول الامتداد التاريخي .

وعند ظهور السلطة الوطنية الفلسطينية أصبحت تتولى الإشراف على المحاكم الشرعية باستثناء محكمتي القدس الشرعية ، والاستئنافية . فبقيت محكمتا القدس الشرعية الابتدائية والاستئنافية تتبعان للمملكة بصفة قانونية ، وتقوم المملكة بإدارة أعمالهما وتولي الإشراف المباشر عليهما .

وبهذا فقد أضحت في الدولة الأردنية أربع محاكم استئنافية شرعية ، وهي :

١ – محكمة استئناف عمان الشرعية ، وتختص بنظر القضايا المستأنفة ، والطعون الواردة على الدعاوى الصادرة عن المحاكم الابتدائية الشرعية لإقليم الوسط . فتنظر في ما يصلها من قضايا من المحاكم الشرعية الابتدائية للعاصمة عمان[٢] ، ومدن الزرقاء[٣] ، والبلقاء[٤] ، ومادبا[٥] .

٢ – محكمة استئناف القدس الشرعية ، وتختص بنظر القضايا المستأنفة والطعون الواردة على الدعاوى الصادرة عن محكمة القدس الشرعية الابتدائية فقط .

٣ – محكمة استئناف إربد الشرعية ، وتختص بنظر القضايا المستأنفة والطعون الواردة على الدعاوى الصادرة عن المحاكم الشرعية الابتدائية لإقليم الشمال . فتنظر في ما يصلها من دعاوى صادرة عن محاكم مدن إربد[٦] ، وعجلون[١] ، وجرش[٢] ، والمفرق[٣] .

---

(١) . العبادي ، عبد السلام (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) ، **الرعاية الأردنية الهاشمية للقدس والمقدسات الإسلامية فيها** ، الطبعة الثانية ، ص ٥٣ ، المطابع العسكرية ، عمان ـــ الأردن .

(٢) . ويشمل اختصاصها كل من المحاكم الشرعية لعمان ، ووادي السير ، وصويلح ، وناعور ، وسحاب ، والموقر ،والجيزة .

(٣) . ويشمل اختصاصها كل من المحاكم الشرعية للزرقاء ، والرصيفة ، والأزرق ، والهاشمية .

(٤) . ويشمل اختصاصها كل من المحاكم الشرعية للسلط ، ودير علا ، وعين الباشا ، والشونة الجنوبية ، وزي ، وماحص ، والعارضة .

(٥) . ويشمل اختصاصها كل من المحاكم الشرعية لمادبا ، وذيبان .

(٦) . ويشمل اختصاصها كل من المحاكم الشرعية لإربد ، والرمثا ، والكورة ، وبني كنانة ، والشونة الشمالية ، والمزار الشمالي ، والطيبة ، والوسطية ، وبني عبيد .

٤ – محكمة استئناف معان الشرعية ، وتختص بنظر القضايا المستأنفة والطعون الواردة على الدعاوى الصادرة عن المحاكم الابتدائية في إقليم الجنوب . فتنظر في القضايا المفصولة عن المحاكم الشرعية لمدن معان(٤) ، والكرك(٥) ، والطفيلة(٦) ، والعقبة(٧) .

وعليه وكما تم ذكره في بداية هذا المطلب أن محكمة الاستئناف الشرعية هي أعلى جهة قضائية شرعية في المملكة الأردنية الهاشمية ، وأنها هي المرجع النهائي للمحاكم الشرعية الابتدائية ، وحيث تم بيان عدد المحاكم الاستئنافية الشرعية في الأردن أنه قد وصل إلى أربع محاكم استئنافية شرعية(٨) فإن الحاجة تبدو ماسة لإيجاد محكمة شرعية عليا ، لتقوم بتوحيد المنهجية القضائية وتحقيق وحدة الاجتهادات القضائية الصادرة عن "أعلى جهة قضائية" ، وتضبط ما يمكن حصوله من تعارض بين القرارات . ذلك أن وجود محاكم استئناف متعددة في أقاليم متباعدة يجعل إمكانية التعارض بين قراراتها ممكنا .

المطلب الثاني : وظيفة محاكم الاستئناف الشرعية .

يرتكز عمل محاكم الاستئناف الشرعية في المقام الأول القيام بنظر الدعاوى المستأنفة التي تصلها من المحاكم الشرعية الابتدائية ، فتقوم بمراقبة مدى سلامة تطبيق القانون من قبل المحكمة التي فصلت الدعوى وأصدرت حكمها فيها ، ومدى موافقة قراراتها للأصول القضائية المتبعة والمستقر عليها .

فتعد محكمة الاستئناف الشرعية بذلك محكمة تدقيق ، فتكون محكمة قانون لا محكمة واقع وموضوع .

---

(١) . ويشتمل اختصاصها لمحكمتي عجلون ، وكفرنجة الشرعيتين.

(٢) . ويشمل اختصاصها محكمة جرش الشرعية .

(٣) . ويشمل اختصاصها كل من المحاكم الشرعية للمفرق ، وصبحا ، والرويشد ، وبلعما .

(٤) . ويشمل اختصاصها كل من المحاكم الشرعية لمعان ، والبتراء ، والشوبك ، والحسينية ، والجفر .

(٥) . ويشمل اختصاصها كل من المحاكم الشرعية للكرك ، والقصر ، والمزار الجنوبي ، وغور الصافي ، وعي .

(٦) . ويشمل اختصاصها كل من المحاكم الشرعية للطفيلة ، وبصيرا ، والحسا.

(٧) . ويشتمل اختصاصها لمحكمتي العقبة ، والقويرة الشرعيتين .

(٨) . يبلغ عدد المحاكم الشرعية الابتدائية حتى تاريخ كتابة هذه الأطروحة سبعا وستين محكمة .

وقد شرع الاستئناف أيضا لإفساح المجال أمام طرف الدعوى غير القابل بالحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية أن يعترض على الحكم ، فيخاطب المحكمة الاستئنافية بصفتها الموضوعية طالبا منها إنصافه وفسخ حكم المحكمة الابتدائية أو قرارها . كما شرع أيضا لتدقيق الدعاوى التي تستأنف تلقائيا بحكم نص القانون ، والتي سيأتي الحديث عنها .

وما إن تصل الدعاوى المستأنفة للمحكمة الاستئنافية ، حتى تقوم بتدقيق ما ورد إليها ، ومراقبة مدى تطبيق القانون في الإجراءات الحاصلة فيها . وذلك دون حضور طرفي الدعوى للمحكمة الاستئنافية . إلا أنه وفي حالتين استثنائيتين تأخذ المحكمة الاستئنافية الشرعية دور محكمة الموضوع ، فتقوم بنفسها بتولي نظر الدعوى مرافعة ، وهاتان الحالتان هما :

١ – إذا قررت محكمة الاستئناف الشرعية سماع الدعوى مرافعة .

٢– أو إذا طلب أحد طرفي الدعوى رؤية الدعوى مرافعة ، ووافقت المحكمة على الطلب ، أما إن رفضت فتورد في قرارها سبب رفضها لذلك[١] .

فتقوم بتحديد موعد للجلسة ، وتبليغ طرفي الدعوى للموعد المحدد لنظر الدعوى ، ثم تقوم السير بالدعوى مرافعة حسب الأصول .

ويقول الدكتور عثمان التكروري في كتابه الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية : "إن قررت المحكمة الاستئنافية نظر الدعوى مرافعة فإنها تقوم بتبليغ طرفي الدعوى بعد تحديد موعد الجلسة ، ويتم السير في الدعوى حسب الأصول ، وتعرض الدعوى على محكمة الاستئناف الشرعية لإعادة النظر في موضوعها من جديد في حدود طلبات المستأنف"[٢] ، ويرى الباحث أن القول من أن الدعوى تعرض على محكمة الاستئناف للنظر فيها في حدود طلبات المستأنف بحاجة لإعادة نظر . ذلك أن محكمة الاستئناف الشرعية تقوم

---

(١) . المادة ١٤٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

(٢) . التكروري ، عثمان (١٩٩٧ م) **الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية** ، الطبعة الأولى ، ص ١٤٤ ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ــ الأردن .

بمراجعة الدعوى ، وتدقيقها بجملتها وتفصيلها ، وتدقق الإجراءات الحاصلة في الدعوى . حتى لو لم يطلب المستأنف ذلك ، ولم يورده في أسباب استئنافه[١] .

أما في حال غياب المستأنف ، وتخلفه عن حضور الجلسة التي تبلغ موعدها التبليغ الأصولي الصحيح ، فتقوم عندئذٍ محكمة الاستئناف برد استئنافه .

واستخلاصا لما سبق ، فإن عمل محكمة الاستئناف الشرعية يتلخص بالآتي :

١ – الفصل في الطعون الواردة على الدعاوى الصادرة عن المحاكم الشرعية الابتدائية عند استئناف الخصوم لها .

٢ – تدقيق الدعاوى ، والأحكام الصادرة فيها على القاصرين ، وعلى فاقدي الأهلية ، وعلى الوقف ، وبيت المال . كما ترفع إليها الأحكام القاضية بفسخ النكاح ، والتفريق بين الزوجين ، وإثبات الطلاق أو رده ، والرضاع المانع للزوجية ، والإمهال للعنة والجنون ، وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى ، كما ترفع إليها كذلك أحكام الدية . حيث نصت المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م على أن : "ترفع المحاكم البدائية إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على القاصرين ، وفاقدي الأهلية ، وعلى الوقف ، وبيت المال ، وأحكام فسخ النكاح ، والتفريق ، والطلاق ، والرضاع المانع للزوجية ، والإمهال للعنة ، والجنون وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى وأحكام الدية ، لتدقيقها . وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً من صدور الحكم . ويشترط في ذلك أن لا يكون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المعينة ، وفصلت محكمة الاستئناف في موضوعها"[٢] .

ويتبين هنا أنه إن قام أحد طرفي الدعوى باستئناف الحكم الصادر فيها ، فعلى المحكمة الابتدائية أن تقوم برفع الدعوى المستأنفة لمحكمة الاستئناف الشرعية المختصة ، بعد تبليغ المستأنف ضده ، وإمهاله عشرة أيام ، لتقديم مذكرة جوابية ، للرد على الاستئناف المقدم ضده إن شاء ، أو تقوم برفع الدعوى مباشرة عند رده على الاستئناف ، أو تبلغه وإبداء عدم رغبته بالرد على الاستئناف .

---

(١) . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم : ٢٠١٣/٢٧٧١–٨٩٦٥١ . وهذا له محاسنه ومساوئه ، فقد يضر ذلك بالمستأنف أحيانا ، أو يتسبب بفسخ حكم هو يقبله ، وربما يكون ذا مصلحة له ، لكنه يعترض على جزء محدد ومقيد .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

ومن الجدير ذكره في هذا المقام أن هذه الأحكام التـــي تخضـــع لتـــدقيق محـــاكم الاستئناف الشرعية تكون موقوفة النفاذ على تصديق الحكم فيها من قبل محكمـــة الاســـتئناف الشرعية ، فلا يعتد بالحكم ولا يكتسب الدرجة القطعية إلا بالإشارة في الحكم أن الحكم مصدق من إحدى محاكم الاستئناف الشرعية[١] .

إلا أن الباحث يرى أنه يؤخذ على هذه المادة في قولها : (وذلك بعد مضي ثلاثـــين يوماً من صدور الحكم) ، حيث إن قولها (من صدور الحكم) يعني أن الحكم سواء أكـــان قـــد صدر وجاهيا أم غيابيا ، فإنه يرفع لتدقيقه استئنافا . وسواء كان المدعى عليه قد تبلغ الحكم أم لم يتبلغه . وهذا غير الواقع المتبع والمعمول به في المحاكم الشرعية ، فإن المحكمة الابتدائية ترفع الدعوى للمحكمة الاستئنافية بعد مضي ثلاثين يوماً من صدور الحكم إن كان الحكم قـــد صدر وجاهيا ، وبعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ المدعى عليه الحكم إن كان الحكم قد صدر بحقه غيابيا . مراعية في ذلك منطوق المادة ١٣٦ مـــن قـــانون أصـــول المحاكمـــات الشرعية المذكور على التفصيل الوارد فيها ، والتي تنص على أن : (مدة الاستئناف ثلاثـــون يوماً تبتدئ من تاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهيا ، ومن تاريخ تبليغ الحكم إلى المستأنف إذا كان غيابيا ، ويسقط من المدة اليوم الذي صدر فيه الحكم ، أو جرى فيه التبليغ . كما تســـقط أيام العطل الرسمية إذا وقعت في نهاية مدة الاستئناف ...)[٢] . وقد يقول قائل أنه يرجع فـــي ذلك للمادة ١٣٦ ، وهي التي فصّلت مدة الاستئناف في الأحكام الوجاهية ، والغيابية . فيجاب عليه أن القانون موضع تدقيق ، وتمحيص ، وتفنيد من أطراف الدعوى ، ووكلائهم ، ويجب أن يكون القانون خاليا من كل عيب وثغرة عند سنه ووضع مواده . فيجـــب معالجـــة هـــذه الجزئية بتعديل نص القانون ، أو الإشارة عقب هذه المادة أنها تقرأ مع المادة ١٣٦ المذكورة.

٣ – الفصل في الطعون الواردة على القرارات الفاصلة في موضوع الدعوى ، كقرار إسقاط الدعوى[٣] ، وقرارات ولاية المحكمة الابتدائية لنظر الدعوى ، وقرارات الصلاحية المكانية ، وقرارات مرور الزمن ، والتقادم . استنادا لما جاء في المـــادة ١٣٧ مـــن قـــانون أصـــول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاين لسنة ١٩٥٩م ، وإذا تم استئناف أي قرار آخر غير هذه

---

(١) . فلو أبرز أحدهم حكم تفريق بينه وبين من مطلقته لدائرة الأحوال المدنية والجوازات ، يريد فيه إخراج قيدها من دفتر عائلته . فلا تستكمل معاملته إلا بالإشارة في قرار الحكم أن الحكم قد صدق استئنافا من قبل المحكمة الاستئنافية بموجب قرارها الاستئنافي ، ويذكر رقمه ، وتاريخ صدوره .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

(٣) . من القرارات الفاصلة في موضوع الدعوى والتي يجوز استئنافا استقلالا قرار إسقاط الدعوى ، انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية رقم : ٧٩٥٩٩ .

القرارات السابقة ، فإن محكمة الاستئناف الشرعية تقوم برد الاستئناف المقدم لها شكلا دون الدخول فيه ، كونها من القرارات التي لا تستأنف استقلالا[١] .

٤- النظر في طلب تنحية القاضي من رؤية الدعوى المقدم من المدعي ، أو المدعى عليه ، للأسباب الواردة في المادة ١٢٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاين لسنة ١٩٥٩م[٢] .

٥ – النظر في الطلب المقدم من النائب العام ، والذي يطلب فيه نقل الدعوى من المحكمة الابتدائية التي تنظر الدعوى إلى محكمة ابتدائية أخرى لأسباب تتعلق بالأمن العام ، كالخوف من تعرض أحد طرفي الدعوى أو من يمثلهم للأذى بوجود أسباب مبررة ، أو قرائن تدل على ذلك . ويحق للمحكمة الشرعية الاستئنافية المختصة أن تستدعي النائب العام طالب النقل مع طرفي الدعوى ، والتحقيق في الأسباب الداعية لنقل الدعوى ، ومدى موافقته للأصول والواقع ، ثم إجابة طلب النقل ، أو رفضه[٣] .

٦ – الفصل في القرارات المستأنفة الصادرة عن قاضي التنفيذ الشرعي وفقا لأحكام المادة التاسعة من قانون التنفيذ الشرعي رقم عشر لسنة ٢٠١٣ م بالتفصيل الوارد فيها[٤] . حيث

---

(١) . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف إربد الشرعية برقم ١٠٧٠٥ .

(٢) . تنص المادة ١٢٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه : "يحق لكل من المدعي ، والمدعى عليه أن يقدم إلى رئيس محكمة الاستئناف الشرعية استدعاء على نسختين يطلب فيه تنحية القاضي من رؤية الدعوى لأي سبب من الأسباب التالية : أ – أن يكون للقاضي منفعة مالية في الدعوى المقامة لديه رأساً أو بسببها. ب – إذا كان القاضي من أصل او فروع احد الخصمين او بينه وبين أحدهما قرابة او مصاهرة من الدرجة الثانية او الثالثة. ج – أن يكون بين القاضي وبين أحد الخصمين عداوة ظاهرة . د – أن يكون للقاضي دعوى مع أحد الخصمين قبل إقامة الدعوى أمامه. هـ – إذا سبق أن أبدى القاضي رأيه في الدعوى بصفته قاضياً او ممثلا للنيابة أو محكما أو وكيلا" . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

(٣) . المادة ١٣٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م . وانظر أيضا : الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

(٤) . نصت المادة التاسعة من قانون التنفيذ الشرعي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣ م على : "أ- تكون قرارات رئيس التنفيذ قابلة للاستئناف لدى محكمة الاستئناف الشرعية المختصة خلال سبعة أيام من تاريخ تفهيمها أو تبليغها . ب- تنظر محكمة الاستئناف الشرعية المختصة في قرارات رئيس التنفيذ تدقيقا ، وتفصل فيها خلال خمسة عشر يوما من تاريخ ورودها إليها ، ويكون قرارها نهائيا . ج- إذا تم استئناف قرار رئيس التنفيذ يوقف تنفيذ الحكم إلى أن تبت محكمة الاستئناف المختصة فيه باستثناء الأحكام القطعية ، والقرارات معجلة التنفيذ المتعلقة بضم الصغار إذا كان يخشى عليهم من وقوع الضرر الجسيم ، أو الهلاك ، أو السفر خارج البلاد . د- إذا كان القرار المستأنف يتعلق بالحبس ، أو بمنع السفر ، أو بتوزيع حصيلة التنفيذ يوقف التنفيذ إلى أن تبت محكمة الاستئناف المختصة فيه ، وعلى المستأنف في هذه الحالة ، أن يقدم كفيلا يوافق عليه رئيس التنفيذ لضمان الحق المحكوم به على أن يحدد رئيس التنفيذ مقدار الكفالة ، ونوعها حسب مقتضى الحال . هـ- لا

كانت الدعاوى الشرعية تُـنَفّـذ أحكامها لدى قسم التنفيذ المختص في المحاكم النظامية قبـل سن قانون التنفيذ الشرعي .

وعليه فإن المحكمة الاستئنافية لا تختص بنظر الدعوى لأول مرة ، وإصدار حكمها فيها ، كون هذا من اختصاص المحاكم الابتدائية . وفيه احترام لدرجات التقاضي ، والذي يعد من النظام العام ، كما أنه لا يحق للمحكمة الابتدائية الشرعية بعد إصدارها حكمها في الدعوى التي نظرتها ، أن تقوم بالعدول عن حكمها الذي حكمت به من تلقاء نفسها ، والحكم بغيـره . حتى وإن رأت أن ما حكمت به كان منقوصا ، أو غير موافق للأصول(١) . ذلـك أن إعـادة نظر الدعوى تدقيقا ، أو مرافعة هو من اختصاص المحاكم الاستئنافية ، حيث تجتمـع هيئـة المحكمة الاستئنافية المقررة لنظر الدعوى ، وتدقيقها بهيئة مكونة من ثلاثـة أعضـاء مـن أعضاء المحكمة الاستئنافية الشرعية ، وبعد انعقاد الجلسة تخرج الهيئة بإحدى النتائج التالية :

أ – رد الاستئناف شكلاً ، وعدم النظر فيه موضوعا . كأن يكون الاستئناف مقدما للمحكمـة الابتدائية التي صدر عنها الحكم(٢) ، أو أن يكون الاستئناف مقدما لغير المحكمة الاسـتئنافية المختصة(٣) ، أو بتقديم الاستئناف خارج المدة القانونية المحددة للاستئناف وبعد مضيها(٤) ، أو أن يأتي الاستئناف على قرار لا يستأنف استقلالا(٥) ، وقد سبق وأن تم بيان ما هي القرارات التي تستأنف استقلالا .

ب – رد الاستئناف المقدم من قبل المستأنف شكلا ، وتدقيق الدعوى موضوعا . وذلك فيما إذا قدم المستأنف استئنافه في إحدى الدعاوى التي تستأنف استقلالا ، أو إن كان يوجد في الدعوى ما يتعلق بالنظام العام ، وورد سبب شكلي يوجب رد الاستئناف ، كـأن يخاطـب المحكمـة

يوقف تنفيذ السند التنفيذي الذي أيدته محكمة الاستئناف الشرعية المختصة إذا استؤنف للمرة الثانية ، وفي هذه الحالة ترفع المحكمة لائحة الاستئناف مرفقة بصورة عن ملف الدعوى التنفيذية" .

(١) . الزرقاني ، عباس (١٩٢٧م) ، **منتخبات الأحكام الشرعية** ، بلا رقم طبعة ، ج ١ ، ص٢٣١ ، مطبعة المقتطف والمقطم ، مصر .

(٢) . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٨٧٧٩٨-٢٠١٣/١٠٢٨ ، وكذلك القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف إربد الشرعية برقم ١١٤٠٢-٢٠١٢/١٩٧٧ .

(٣) . لم يجد الباحث في القرارات الاستئنافية استئنافا قدم بهذا الشكل .

(٤) . انظر القرار الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٧٩٣٠٢-٢٠١١/٩١٣ .

(٥) . انظر القرار الصادر عن محكمة إربد الشرعية برقم ٨٤٦٤-٢٠١١/٧٧٣ .

الابتدائية التي أصدرت الحكم[١] ، أو مخاطبة محكمة استئنافية في إقليم آخر غير مختصة ، أو أن يقدمه خارج مدة الاستئناف القانونية ...[٢] .

ج – رد النظر في الاستئناف دون القيام بأي إجراء ، عندما ترفع المحكمة الابتدائية الدعوى للمحكمة الاستئنافية مع وجود نقص حاصل في الإجراءات الأصولية والقانونيـة المفـروض اتباعها بعد فصل الدعوى ، كأن ترفع الدعوى المفصولة بموجب الحكم الغيابي دون أن يبلغ المحكوم عليه ، أو أن ترفع الدعوى للمحكمة الاستئنافية لتدقيقها دون أن يستأنفها أحد الخصوم ، ودون أن تكون من الدعاوى التي تخضع للاستئناف وجوبا[٣] .

د – تصديق الحكم كما صدر عن المحكمة الشرعية الابتدائية ، وذلك عنـدما يكـون الحكـم صحيحا وموافقا للقانون والأصول القضائية ، ورد الاستئناف الوارد في الدعوى ، والرد على أسباب الاستئناف التي أبداها المستأنف . إن كانت الدعوى قد استأنفت من أطرافها[٤] .

هـ– تصديق الحكم معدلاً ، وذلك فيما إذا ورد نقص شكلي غير مخل فـي مـتن القـرار ، وبالإمكان تداركه ، أو ورد فيه خطأ مطبعي يمكن تصحيحه[٥] .

و – تصديق جزء من الحكم ، وفسخ الجزء الآخر منه ، وذلك عند انقسام الحكم لشقين وتعلقه بموضوعين . بأن يكون أحد شقي الحكم صحيحا فيكون واجب التصديق ، ويكون الآخر غير صحيح فيكون حريا بالفسخ[٦] .

ز – فسخ الحكم ، والفصل به من قبل محكمة الاستئناف ، سواء بنظر الـدعوى مرافعـة أو دون ذلك ، وسواء بالحكم للمدعي بمقتضى دعواه ، أو الحكم بـرد دعـواه . فيمـا إذا رأت المحكمة الاستئنافية ذلك[١] .

---

(١) . انظر القرار الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٨٦٢٩٧-٢٠١٢/٤٠٥٧ . وكذلك القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٧٨٠٠٠ .

(٢) . يندرج تحت رد الاستئناف شكلا جميع الأمثلة المضروبة في النقطة السابقة .

(٣) . انظر القرار الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٢٠١١/١٧٤٣ – ٨٠١٩٢ .

(٤) . انظر القرار الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٨٦٢٠٨ .

(٥) . انظر القرار الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٨٧٨٠٢ .

(٦) . انظر القرار الاستئنافي الخماسي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٤٣٤٩١ .

ح – فسخ الحكم برمته ، وإعادة الدعوى للمحكمة الابتدائية ، لتتدارك أسباب الفسخ . وذلــك عند وجود نقص مخل في قرار الحكم ، أو وجود مخالفــة صــريحة للمــواد القانونيــة ، أو الأصول القضائية . أو عدم موافقة محكمة الاستئناف الشرعية للمحكمة الابتدائية في اجتهادها الذي سلكته في الدعوى .

إلا أن الحاجة قد تدعو لرؤية الطعن المقدم على الدعوى من هيئة مكونة من خمسة أعضاء من أعضاء محكمة الاستئناف الشرعية ، كما نصت على ذلك المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م(٢) ، وبذلك يظهر لدينا ما يسمى بالقرار الخماسي . ولبيان المقصود منه فإنه لا بد لنا أولا من معرفة معنى القرار الاستئنافي ، وهذا ما سأبينه في المبحث الثاني إن شاء الله تعالى .

---

(١) . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٨٤٧٧٩ .

(٢) . نصت المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه : "إذا رأت محكمة الاستئناف أن المسألة الفقهية أو القانونية التي ينبغي عليها الفصل في أية قضية مستأنفة قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر ، أو كان من رأيها العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة . جاز لها أن تصدر قرارها في تلك القضية بما تراه صوابا ، وفي هذه الحالة تنعقد المحكمة من خمسة قضاة ، ويكمل قاضي القضاة هيئة المحكمة عندئذ بطريق الانتداب" . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

المبحث الثاني : مفهوم القرار الاستئنافي الخماسي في اللغة ، وفي الاصـــطلاح القضائي .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم القرار في اللغة ، وفي الاصطلاح القضائي .

المطلب الثاني : مفهوم الاستئنافي في اللغة ، وفي الاصطلاح القضائي .

المطلب الثالث : مفهوم الخماسي في اللغة ، وفي الاصطلاح القضائي .

المطلب الرابع : مفهوم القرار الاســـتئنافي الخماســـي فـــي الاصـــطلاح القضائي.

المطلب الخامس : ألفاظ ذات صلة .

الفرع الأول : الألفاظ التي تتعلق بالقرار .

الفرع الثاني : الألفاظ التي تتعلق بالاستئناف .

المبحث الثاني : مفهوم القرار الاستئنافي الخماسي في اللغة وفـــي الاصـــطلاح القضائي .

لمعرفة المقصود بهذا المركب فإنه لابد من تفكيك عناصره ، وبيان المعنى اللغـــوي لكل مفردة منه ، ثم توضيح المعنى الاصطلاحي لها للوقوف على المعنى الكلي لهذا المركب . مع مراعاة بذلك حداثة هذه المفردات نسبياً ، ونـــدرة اســـتعمال الفقهـــاء القـــدامى لهـــذه المصطلحات . وسيبدأ الباحث بداية بمصطلح القرار ، ويتبعه بالاستئنافي ، ثم الخماسي .

المطلب الأول : مفهوم القرار في اللغة ، وفي الاصطلاح القضائي .

أولا : القَرَارُ فِي اللُغَةِ.

أصله يعود لمادة (قَرَّ) . وفيه قال ابن فارس[١] في كتابه معجم المقاييس أن لهـــذه المادة أصلان صحيحان :

١ – القُرُّ : البرد[٢] . فيقال ليلة ذات قِرّة ، أي ذات بَرد . ومنه قوله تعالى : ((فَكُلِى وَٱشْرَبِى وَقَرِّى عَيْنًا))[١] ، أي اهدأي وطيبي نفسا .

(١) . هو أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ، إمام من أئمة اللغة والأدب ، وأصله من قزوين ، أقام في همذان ، وانتقل للري ، من تصانيفه مقايسس اللغة ، والمجمل ، وجامع التأويل في تفسير القرآن ، توفي رحمه الله تعالى بمدينة الري سنة ٣٩٥ هـ وفق ١٠٠٤ م . انظر الزركلي ، خير الدين (٢٠٠٢م) ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، الطبعة الخامس عشرة ، ج ١ ، ص ١٩٣ ، دار العلم للملايين ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : الذهبي ، محمد بن أحمد بن عثمان (١٤٠٥هــ/١٩٨٥م) ، **سير أعلام النبلاء** ، الطبعة الثالثة ، ج ١٣ ، ص ١٠٣ ــ ١٠٥ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ــ لبنان .

(٢) . الفيروز أبادي ، مجد الدين (١٣٥٢هــ/١٩٣٣م) **القاموس المحيط** ، الطبعة الثالثة ، فصل القاف باب الراء ، الجزء الثاني ، ص١١٥ ، المطبعة المصرية . وينظر كذلك : الزبيدي ، السيد محمد مرتضى الحسيني ، (١٣٩٤هــ/١٩٧٤م) ، **تاج العروس من جواهر القاموس** ، بلا رقم طبعة ، الجزء الثالث عشر ، تحقيق د . عبد الستار أحمد فراج بإشراف لجنة فنية بوزارة الإعلام الكويتية ، ص ٣٨٧ ، مطبعة حكومة دولة الكويت . وينظر كذلك : ابن فارس ، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن حبيب الرازي (١٤١٨هــ/ ١٩٩٨م) **معجم مقاييس اللغة** ، الطبعة الثانية ، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو ، ص ٨٥٣ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان . وينظر كذلك : ابن منظور ، جمال الدين (١٩٩٤م) **لسان العرب** ، الطبعة الثالثة ، حرف الراء فصل القاف ، المجلد الخامس ص ٨٢ ، دار صادر للنشر والتوزيع ، بيروت . وينظر أيضا مجمع اللغة العربية ، (١٤٠٥هــ/١٩٨٥م) ، **المعجم الوسيط** ، الطبعة الثالثة ، ج ٢ ، ٧٥٢ ، مطابع الأوفست بشركة الإعلانات الشرقية ــ مصر . وبالنسبة لكتاب ابن فارس فقد عنون الكتاب باسم "معجم مقاييس اللغة" ، وقد اعتمدت العنوان المثبت على الطبعة التي أحلت إليها .

ويقال أن للسرور دمعة باردة ، وللحزن دمعة حارة[٢] .

٢ – القَرُّ : التمكن[٣] :

يقال قَرَرتُ في هذا المكان طويلا أي : سكنت واطمأننت .

ومعنى قوله تعالى : ((ٱللَّهُ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ قَرَارًا))[٤] . أي تستقرون عليها ، وتستقر عليها مبانيكم ، وهي ثابتة بكم[٥] .

ومن جمال اللغة ما رواه حذيفة بن اليمان[٦] ــ رضي الله تعالى عنه ــ في غزوة الخندق بقوله : (فلمّا أخبَرتُه خَبرَ القَومِ وَقَرَرتُ قَرُرتُ) . أي لما سكنت وجدت مس البرد .

وبذلك نرى أن القَرَارَ معناه : التَمَكُّنُ ، وَالثُبُوتُ ، وَالسُكُونُ ، وَالاطمِئنَانُ .

---

(١) ((فَكُلِى وَٱشْرَبِى وَقَرِّى عَيْنًا ۖ فَإِمَّا تَرَيِنَّ مِنَ ٱلْبَشَرِ أَحَدًا فَقُولِىٓ إِنِّى نَذَرْتُ لِلرَّحْمَـٰنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ ٱلْيَوْمَ إِنسِيًّا)) ، (مريم : ٢٦) .

(٢) . الزبيدي ، **تاج العروس من جواهر القاموس** ، مصدر سابق ، ج ١٣ ، ص ٣٩١ . وكذلك : ابن فارس ، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن حبيب الرازي ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٨٥٤ .

(٣) . ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٨٥٤ . وكذلك مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ٧٥٢ .

(٤) . ((ٱللَّهُ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ قَرَارًا وَٱلسَّمَآءَ بِنَآءً وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَكُمْ وَرَزَقَكُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَـٰتِ ۚ ذَٰلِكُمُ ٱللَّهُ رَبُّكُمْ ۖ فَتَبَارَكَ ٱللَّهُ رَبُّ ٱلْعَـٰلَمِينَ)) ، (غافر : ٦٤) .

(٥) . الأشقر ، محمد سليمان عبد الله (١٤٠٨هــ/١٩٨٨م) ، **زبدة التفسير من فتح القدير** ، الطبعة الثانية ، ص ٦٢٦ ، طبع في شركة ذات السلاسل ، وهي طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في دولة الكويت . وأصل هذا الكتاب مختصر من تفسير الإمام الشوكاني المسمى (فتح القدير الجامع بين فني الدراية والرواية من علم التفسير) .

(٦) . هو الصحابي الجليل أبو عبد الله ، حذيفة بن حِسل ، وقيل حُسَيل بن جابر بن عمرو بن ربيعة بن جروة بن الحارث بن مازن بن غطفان العبسي ــ رضي الله تعالى عنه ــ ، واليمان لقب حِسل بن جابر ، وسمي بذلك لأنه أصاب دما في قومه ، فهرب إلى المدينة ، وحالف بني عبد الأشهل من الأنصار ، وهم من اليمن . وحذيفة صاحب سر رسول الله صلى الله عليه وسلم في المنافقين لم يعلمهم إلا حذيفة ، وهو من كبار صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، استعمله سيدنا عمر بن الخطاب ــ رضي الله تعالى عنه ــ على المدائن ، وبقي بها حتى مات بعد قتل سدينا عثمان بن عفان رضي الله عنه سنة ٣٦ هــ ، وهو ليس حذيفة بن اليمان الأزدي ، ولا البارقي . تنظر ترجمته في : الجزري ، أبو الحسن علي بن محمد بن الأثير (١٤١٥هــ/١٩٩٤م) **أسد الغابة في معرفة الصحابة** ، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى ، الجزء الأول ، ص ٧٠٦ ، ٧٠٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : ابن حجر ، **الإصابة في تمييز الصحابة** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٣٩ . وانظر أيضا : ابن عساكر ، علي بن الحسن ابن هبة الله بن عبدالله الشافعي (١٤١٩هــ/١٩٩٨م) ، **تاريخ دمشق** ، الطبعة الأولى ، ج ١٢ ، ٢٧٢ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان .

ثانيا : القَرَارُ فِي الاصطِلاحِ القَضَائِي .

لم يجد الباحث كلمة "القرار" تستخدم عند الفقهاء القدامى كلفظة قضائية في استعمالهم لقاموسوهم القضائي ، وإجراءات الترافع والمحاكمات وما يصدر عن القاضي لاستكمال السير الدعوى . بل ورد استعمالهم للفظة القرار بمعناها اللغوي بإيرادهم لفظة القرار بمعنى الأرض ، وورد كذلك استعمالهم لها بمعنى الثبوت وعدم الانفصال . كما وردت بإضافة لفظ القرار لكلمة حق ، بقولهم حق القرار قاصدين ثبوت حق الانتفاع بالعقار المستأجر ، وبالبقاء فيه(١) .

أما في السياق القضائي ، فيبدو أنه لم يدرج استعمال كلمة القرار عند الفقهاء والقضاة . فها هو الشيخ الأبياني(٢) يقول : (الحكم) عند الفقهاء هو عبارة عن أثر الشيء المترتب عليه ، فالدعوى متى رفعت صحيحة مستوفية كل شرائطها ترتب عليها (الحكم) ، وهو أمر المدعى عليه بالجواب عنها . وإن المتأمل بهذه العبارة يعلم علم اليقين أنه لم يقصد الحكم بمفهومه المعروف المنهي والقاطع للخصومة بين أطراف الدعوى ، والصادر في نهايته(٣) . بل يظهر أن المقصود بالحكم هنا هو القرار .

وتأكيداً على هذا ما قاله الدكتور مفلح القضاة في أن الحكم بمعناه الواسع هو كل قرار تصدره المحكمة فاصلا في منازعة معينة ، سواء أكان ذلك خلال الخصومة ، أو لوضع

---

(١) . الكويت ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (١٤١٦هـ/١٩٩٥م) ، **الموسوعة الفقهية** ، الطبعة الأولى ، الجزء رقم ٣٣ ، ص ٧٦ ، دار الصفوة ، القاهرة .

(٢) . هو محمد بن زيد بك الأبياني ، مدرس الشريعة الإسلامية بمدرسة الحقوق بمصر ، من آل زيد في إبيانة غربية مصر . ولد بها ، وتعلم بالأزهر ، ثم بدار العلوم في القاهرة ، تولى تدريس الشريعة الإسلامية في مدرسة الحقوق مدة ثمانية وثلاثين سنة من عام ١٨٩٢م إلى ١٩٣٠م ، توفي بالقاهرة . من كتبه شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، ومباحث الوقف ، ومباحث المرافعات وصور التوثيقات الشرعية . تنظر ترجمته في : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ١٣٢ .

(٣) . حيث أورد الشيخ الأبياني عنوانا باسم (حكم الدعوى) ، وذلك بعد حديثه عن ركن الدعوى ، وشروطها ، وأنواعها ، ثم انتقل بعد هذا العنوان بالحديث عن مكان الدعوى ، ومن يكون خصما فيها . فلا يعقل أن يتحدث عن الحكم الفاصل في الدعوى قبل الحديث عن مكان الدعوى ومن يكون خصما فيها . انظر الأبياني ، محمد زيد بك (١٣٤٣هـ/١٩٢٥م) ، **مختصر كتاب مباحث المرافعات الشرعية** ، الطبعة الثانية ، ص ١٦ ، مطبعة النهضة ، شارع عبد العزيز – مصر .

حد لها . وجميع القرارات التي تصدر عن المحكمة قبل إصدار الحكم الأخير فيها تسمى حكما وفقا للمدلول الواسع للحكم[١] .

إلا أن الباحث وقف على تعريف صريح للدكتور عبد الناصر أبو البصل في شرحه لقانون أصول المحاكمات حين عرف القرار بأنه : كل ما تصدره المحكمة أثناء نظرها للقضية ، وحتى صدور الحكم فيها[٢] .

وسيخصص الباحث في بداية المطلب الخامس من هذا المبحث جزءً يوضح فيه الفرق بين القرار ، والحكم . إن شاء الله تعالى .

المطلب الثاني : مفهوم الاستئنافي في اللغة ، وفي الاصطلاح القضائي .

أولا : الاستِئِنَافِيّ في اللغة .

قال ابن فارس : الهمزة والنون والفاء أصلان ، وهما :

١- أخذُ الشَيء مِن أوَّلِهِ . قال الخليل[٣] : استأنفت كذا ، أي رجعتُ إلى أوله ، وأتَنَفــتُ ائتنافا . ومؤتنف الأمر : ما يُبتَدَأُ فيه[٤] .

وجاء في قوله تعالى : ((حَتَّىٰٓ إِذَا خَرَجُواْ مِنۡ عِندِكَ قَالُواْ لِلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡعِلۡمَ مَاذَا قَالَ ءَانِفًا))[٥].

واستَأنَفَ الحُكمَ : أي طلب إعادة النظر فيه[١] .

---

(١) . القضاة ، مفلح عواد (٢٠٠٤م) ، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي** ، الطبعة الأولى / الإصدار الأول ، ص ٣٢٠ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن .

(٢) . أبو البصل ، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، مصدر سابق ، ص ١٩٤ .

(٣) . هو أبو عبد الرحمن ، الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري ، نحوي ، لغوي ، أول من استخرج علم العروض ، سيد الأدباء في علمه وزهده . قيلى: أول من سمي في الإسلام أحمد أبو الخليل ، وحصن به أشعار العرب . تنظر ترجمته في : كحالة ، عمر رضا (بلا تاريخ طبعة) ، **معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية** ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ١١٢ ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ــ بيروت . وانظر ايضا : الحموي ، ياقوت بن عبد الله الرومي (١٤١٤هــ/١٩٩٣م) ، **معجم الأدباء** ، الطبعة الأولى ، ج ٣ ، ص ١٢٦٠ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ــ لبنان .

(٤) . ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٩١ .

(٥) . ((وَمِنۡهُم مَّن يَسۡتَمِعُ إِلَيۡكَ حَتَّىٰٓ إِذَا خَرَجُواْ مِنۡ عِندِكَ قَالُواْ لِلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡعِلۡمَ مَاذَا قَالَ ءَانِفًاۚ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ طَبَعَ ٱللَّهُ عَلَىٰ قُلُوبِهِمۡ وَٱتَّبَعُوٓاْ أَهۡوَآءَهُمۡ)) . (محمد : ١٦) .

والاستِئنَافُ : معناه الابتِدَاءُ . وكذلك الائتِنَافُ(٢) .

وقال ابن الأعرابي(٣) : أنِفَ معناه : أجِمَ ، ويقال نَئِفَ إذا كَرِهَ(٤) .

٢- جَارحَةُ الشّم ، وَالمِنخَر(٥) . قال الزبيدي : قال شيخنا(٦) : هو اسم لمجموع المِنخَرَين ، والحَاجِز ، والقَصَبَةِ ، وهي ما صَلُبَ من الأنفِ(٧) .

---

(١) . قلعجي ، محمد رواس وقنيبي، حامد صدقي (١٤٠٨ هــ/١٩٨٨م) ، **معجم لغة الفقهاء** عربي ــ انكليزي مع كشاف انجليزي ــ عربي بالمصطلحات الواردة في المعجم ، الطبعة الثانية ، ص ٤٠ ، دار النفائس ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣١ .

(٢) . أبادي ، مجد الدين الفيروز ، **القاموس المحيط** ، مصدر سابق ، فصل الهمزة ، باب الفاء ، ج ٣ ، ص ١٢٠ . وانظر أيضا : الزبيدي ، **تاج العروس من جواهر القاموس** ، مصدر سابق ، تحقيق د . عبد الفتاح الحلو ، راجعه مصطفى حجازي ، ج ٢٣ ، ص ٤٠ ، ٤٧ . وينظر أيضا : ابن منظور ، **لسان العرب** ، مصدر سابق ، حرف الفاء ، المجلد ٩ ، ص ١٥ .

(٣) . هو أبو عبد الله ، محمد بن زياد ، ويعرف بابن الأعرابي ، نساب ، علامة باللغة والشعر ، راو للشعر ، حسن الحفظ ، ولم يرد أحد في علم الشعر أغزر منه . وهو من أهل الكوفة ، كان أحولَ أعرجَ ، وكان شيخا جميل الأخلاق . قال فيه ثعلب شاهدت مجلس ابن الأعرابي ، وكان يحضره زهاء مئة إنسان ، وكان يُسأل ، ويقرأ عليه ، فيجيب من غير كتاب ، ولزمته بضع عشرة سنة ما رأيت بيده كتابا قط ، ولقد أملى على الناس ما يحمل على أجمال ، له تصانيف كثيرة منها أسماء الخيل وفرسانها وتاريخ القبائل ومعاني الشعر ، توفي بسر من رأى (سامراء) سنة ٢٣١ هــ . تنظر ترجمته في ، الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ١٣١ . كما وينظر السيوطي ، جلال الدين بن عبد الرحمن (١٣٨٤هــ/١٩٦٤م) ، **بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة** ، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ، الطبعة الأولى ، الجزء الأول ، باب المحمدين ، الطبعة الأولى ، طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه .
والمراد بثعلب في هذه الترجمة هو أبو العباس ، أحمد بن يحيى بن زيد بن سيار الشيباني بالولاء . المعروف بثعلب . وهو إمام الكوفيين في النحو واللغة ، كان راويا للشعر ، محدثا ، مشهورا بالحفظ وصدق اللهجة ، ثقة ، حجة ، وكان متقدمًا في صناعته ، عفيفًا عن الأطماع الدنية ، ورعًا عن المكاسب الخبيثة . ولد ومات ببغداد ، وأصيب في أواخر عمره بالصمم ، فصدمته فرس ، فسقط في هوة ، فتوفي على الاثر . ومن كتبه الفصيح ، وشرح ديوان زهير ، ومجالس ثعلب ، وما تلحن فيه العامة . تنظر ترجمته في الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، الجزء الأول ، ص ٢٦٧ . وانظر أيضا : النووي ، يحيى بن شرف (بلا تاريخ طبعة) ، **تهذيب الأسماء واللغات** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٢٧٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

(٤) . ابن منظور ، **لسان العرب** ، مصدر سابق ، حرف الفاء ، المجلد ٩ ، ص ١٥ .

(٥) . قال ابن فارس : "الأصل الثاني معروف" . انظر : ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٩١ .

(٦) . بعد البحث فإنه من المحتمل أن يكون المقصود بقوله : (شيخنا) هو ابن الطيب الفاسي .

(٧) . الزبيدي ، **تاج العروس من جواهر القاموس** ، مصدر سابق ، تحقيق د . عبد الفتاح الحلو راجعه مصطفى حجازي ، ج ٢٣ ، ص ٣٩ .

وبهذا جاءت كلمة الاستِئنَافِي ، والتي تعود نسبتها للاستئناف ، والاستِئنَافَ كما تقدم معناه : الابتِدَاءُ .

ثانيا : الاستِئنَافُ فِي الاصطِلاحِ القَضَائِي .

وردت لفظة الاستئناف في أبواب الفقه المختلفة ، وكان جل ما أورده الفقهاء قديما يأتي في باب العبادات ، حيث جاءت في الوضوء ، والصلاة ، والعدة وغيرها[١] . ثم بـــدأت تظهر كلمة الاستئناف في الاستعمال القضائي .

حيث يفهم تعريف القاضي علي حيدر "لطلب استئناف الدعوى" بـــ : طلـــب تـــدقيق الحكم الذي صدر ابتداء ، والتحقيق بالحكم ثانية[٢] .

ويعرّف القاضي محمود عرنوس[٣] الاستئناف ، بقوله : هو إعادة نظر الدعوى مرة أخرى[٤] . ويرى الباحث أنه من الفائدة بمكان نقل ما أورده ، حيث يقول : "ظن كثيـــر مـــن رجال القضاء ، والمشتغلين بالفقه الإسلامي أن استئناف الأحكام عمل نظـــامي دعـــت إليـــه الضرورة ، ولكن يظهر لمن يتتبع ما قاله الفقهاء أنهم طرقوا باب هذا البحث ، وإن لم يضعوا له هذا العنوان ، بل سموه بالدفع ، وما قيل في دفع الدعوى بعد الحكم ينطبق على الاستئناف

---

(١) . الكويت ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، **الموسوعة الفقهية** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٦٤ ـــ ١٦٦ .

(٢) . حيدر ، علي (١٤١١هـــ/١٩٩١م) ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، تعريب فهمي الحسيني ، الطبعة الأولى ، ج ١٦ ، ص ٦٣١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـــ لبنان . حيث يقول في شرحه للمادة ١٨٣٨ من مجلة الأحكام العدلية : إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقا لأصوله المشروعة ، وبين للقاضي جهة عدم موافقته لأصوله المشروعة ، وطلب استئناف الدعوى أي طلب تدقيق الحكم الذي صدر ابتداء ثانية ، فيدقق الحكم استئنافا حسب طلبه ، ويحقق استئنافا في الحكم الذي صدر ابتداء ....

(٣) . هو محمود بن محمد بن عرنوس ، قاض بمحاكم مصر الشرعية ، باحث من أهل القاهرة ، آخر ما وليه رياسة التفتيش الشرعي بوزارة العدل ، ثم كان محاميا شرعيا . له عدة مؤلفات وأبحاث في الصحف والمجلات . وكتابه تاريخ القضاء في الإسلام من النفائس في موضوعه ، كما يوجد له مؤلفات أخرى ، فشرح الاكتساب في الرزق المستطاب للشيباني ، ونشره مع الشرح . توفي بالقاهرة سنة ١٩٥٥ م . تنظر ترجمته في الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ١٨٦ . وانظر أيضا : كحالة ، **معجم المؤلفين** ، مصدر سابق ، ج ١٢ ، ص ١٩٧ .

(٤) . عرنوس ، محمود بن محمد (بلا تاريخ طبعة) ، **تاريخ القضاء في الإسلام** ، بلا رقم طبعة ، ص ٢١٥ ، المطبعة المصرية الأهلية ، القاهرة ـــ مصر .

، لأنه إعادة نظر الدعوى مرة أخرى . وإن كان لا يشترط الفقهاء تغيير القاضي الذي ينظر في الدعوى مرة ثانية . كما هو الحال في الاستئناف"[١] .

ويستقرأ تعريف الاستئناف من قول الدكتور عبد الناصر أبو البصل في قوله : "فكرة الاستئناف في الاصطلاح الإجرائي المتبع في قوانين أصول المحاكمات ، يراد به عرض القضية مرة ثانية على هيئة قضائية أعلى من الهيئة التي نظرتها لأول مرة ، وتكون الهيئة الثانية ــ محكمة الاستئناف ــ متمتعة بالخبرة الواسعة ، والفهم الدقيق لمسائل القضاء .."[٢] .

ويعرف الدكتور عثمان التكروري الاستئناف ، قائلا : الاستئناف طريق عادي للطعن في الأحكام التي تصدر من محاكم الدرجة الأولى ، أمام محاكم الدرجة الثانية ، عملا بمبدأ التقاضي على درجتين[٣] .

- التعريف المختار .

وباستعراض ما سبق يرى الباحث أن تعريف الدكتور عثمان التكروري ، حينما عرف الاستئناف بأنه طريق عادي للطعن في الأحكام التي تصدر من محاكم الدرجة الأولى أمام محاكم الدرجة الثانية ، عملا بمبدأ التقاضي على درجتين . هو أقرب التعريفات السابقة للصواب .

إلا أن هذا التعريف يخصص الاستئناف بأنه طريق من طرق الطعن تاركا الطريق الآخر للاستئناف ، وهو بحكم القانون . هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن قوله عملا بمبدأ التقاضي على درجتين ، فإن المتأمل لواقع العمل الحالي في محاكم الاستئناف الشرعية يرى أنها تقوم بنظر القرارات ، والأحكام تدقيقا في الغالب الأعم ، وفي حالات محددة نادرة تقوم بإعادة نظر الدعوى مرافعة . وبذلك فإنه من الصعب القول أن التقاضي يقوم على درجتين .

---

(١) . المرجع السابق ، ص ٢١٥ .

(٢) . أبو البصل ، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

(٣) . التكروري ، عثمان ، **الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٣٩ .

وعليه فإنه ومن خلال الواقع العملي الذي تتبعه المحاكم الشرعية في الأردن لهـذا المفهوم الاصطلاحي يرى الباحث أن خير تعريف للاستئناف بأن يقال إنـه : ابتـداء هيئـة المحكمة الأعلى درجة من المحكمة البدائية بنظر الدعوى بطريق الطعن أو بحكم القانون .

حيث يحوي هذا التعريف المعنى اللغوي للاستئناف ، وهـو الابتـداء ، ويربطـه بالمعنى الاصطلاحي . كما ويخصص الجهة المخولة بنظر الدعاوى استئنافا وهـي محكمـة الاستئناف ، فهي المحكمة الأعلى درجة من المحكمة الابتدائية . ويوضح الآلية التي يتم مـن خلالها الاستئناف ، وهي إما بطلب أحد طرفي الدعوى من خلال تقديم طلب خطي يتضـمن الاستئناف ، أو من خلال نص القانون وما جاءت به المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، والتي سبق ذكرها في المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل .

المطلب الثالث : مفهوم الخماسي في اللغة ، وفي الاصطلاح القضائي .

أولا : الخُمَاسِيُّ في اللغة .

الخاء والميم والسين أصل واحد ، وهو في العدد .

والخُمُسُ : واحد من خمسة .

والخُمَاسِيُّ من الأوصاف : وهو ما بلغ خمسة[١] . فيقال ثوب خماسي ، وغلام خماسي أي : بلغ طولهما خمسة أشبار[٢] . وهذا ما قاله ابن شُمَيل[٣] .

وقال ابن سِيدَه[٤] : الخُمَاسَيُّ : مَا بَلَغَ مِنَ العَدَدِ خَمسَةَ[٥] .

ومنه قول سيدنا معاذ بن جبل[٦] ــ رضي الله تعالى عنه ــ في الحديث الموقــوف[١] : **(ائْتُونِي بِخَمِيسٍ أَوْ لَبِيسٍ آخُذُ مِنْكُمْ فِي الصَّدَقَةِ)**[٢]. أي ثوب طوله خمسة أشبار .

---

(١) . ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٣٣٠ ، ٣٣١ .

(٢) . الزبيدي ، **تاج العروس من جواهر القاموس** ، مصدر سابق ، تحقيق محمود محمد الطناحي ، راجعه مصطفى حجازي ، وعبد الفتاح أحمد فراج ، بإشراف لجنة فنية بوزارة الإعلام الكويتية ، ج ١٦ ، ص ٢٣ . وانظر أيضا : ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٣٣١ .

(٣) . هو أبو الحسن ، النضر بن شميل المازني البصري ، أديب ، نحوي ، لغوي ، شاعر ، إخباري ، محدث ، فقيه . ولد بمرو ، ونشأ بالبصرة ، وأخذ عن الخليل بن أحمد ، وأقام بالبادية زمنا طويلا ، فأخذ عن فصحاء العرب . له تصانيف كثيرة ، عاد لمرو ، وتولى قضاءها ، اتصل بالخليفة المأمون ، فأكرمه ، وقربه ، توفي بمرو . تنظر ترجمته في : كحالة ، **معجم المؤلفين** ، مصدر سابق ، ج ١٣ ، ص ١٠١ .

(٤) . هو أبو الحسن ، علي بن إسماعيل الأندلسي الضرير ، من علماء الأندلس ، فهو عالم بالنحو ، واللغة ، والأشعار ، وأيام العرب ، وما يتعلق بعلومها . له مؤلفات كثيرة . تنظر ترجمته في : كحالة ، **معجم المؤلفين** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ٣٦ . وانظر أيضا : الحموي ، **معجم الأدباء** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٦٤٨ .

(٥) . ابن سِيدَه ، أبو الحسين علي بن إسماعيل **(بلا تاريخ طبعة)** ، **المخصص** ، بلا رقم طبعة ، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ، ج ٥ ، السفر ١٧ ، باب النسب إلى العدد ، ص ١١٨ ، ١١٩ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ــ لبنان . وكذلك ابن منظور ، **لسان العرب** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٦٩ .

(٦) . هو أبو عبد الرحمن ، معاذ بن جبل الأنصاري الخزرجي ، إمام مقدم في علم الحلال والحرام ، أسلم هو ابن ثماني عشرة سنة ، ولاه النبي صلى الله عليه وسلم اليمن ، وعاد منها في خلافة أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه ، وشهد العقبة الثانية مع السبعين من الأنصار ، ثم شهد بدرًا ، وأُحُدًا ، والخندق ، والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، توفي بالشام سنة ١٧ هــ ، أو التي بعدها ، وهو قول الأكثر ، وعاش أربعا وثلاثين سنة ، وقيل غير ذلك . تنظر ترجمته في : ابن حجر ، **الإصابة في تمييز الصحابة** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ١٠٦ ، ١٠٧ . وانظر أيضا : النووي ، **تهذيب الأسماء واللغات** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٩٨ .

ثانيا : الخماسي فِي الاصطِلاحِ القَضَائِي .

لا يختلف المعنى اللغوي عن المعنى الاصطلاحي . فكما تم ذكره فإن كلمة الخماسي تطلق على الوصف الذي بلغ من العدد خمسة أشياء[٣] . وعند اقتران كلمة الخماسي مع كلمة القرار الاستئنافي كحالنا هنا فيكون معنى الخماسي : أي الصادر عن هيئة استئنافية ، متكونة من خمسة أعضاء من أعضاء محكمة الاستئناف .

المطلب الرابع : مفهوم القرار الاستئنافي الخماسي في الاصطلاح القضائي .

بعد أن تم التعرف على المعنى اللغوي لكل مفردة من مفردات هذا المركب . كان لابد من بيان المعنى الاصطلاحي القضائي والقانوني . مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذا المصطلح حديث نسبيا ، وحيث إن هذا المفهوم يندرج تحت موضوع الإجراءات القضائية ، وأصول المحاكمات فيها ، وبعد البحث في الكتب الشارحة لقانون أصول المحاكمات الشرعية ، لم يجد الباحث الشراح قد وضعوا تعريفا مستقلا له . إلا أنه وتمشيا مع منطوق المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، فقد خرج الباحث بالتعريف التالي سائلا الله تعالى التوفيق والسداد .

القرار الاستئنافي الخماسي :

هو ثبوت حكم هيئة المحكمة الاستئنافية المكونة من خمسة أعضاء لرفع تناقض أو العدول عن مبدأ سابق .

---

(١) . الحديث الموقوف : هو ما أضيف إلى الصحابة رضوان الله تعالى عليهم . ولم يتجاوز به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وسمي موقوفا لأنه وقف بسنده إلى الصحابي ، ولم يرتفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . انظر : عتر ، نور الدين (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) ، **منهج النقد في علوم الحديث** ، الطبعة الثالثة ، ص ٣٢٦ ، دار الفكر ، سورية ــ دمشق . وانظر أيضا : الحسني ، محمد بن علي بن عباس المالكي (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) ، **المنهل اللطيف في أصول الحديث الشريف** ، الطبعة الخامسة ، ص٨٣ .

(٢) . انظر : البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (١٣٤٤هـ) ، **السنن الكبرى** ، الطبعة الأولى ، باب من أجاز أخذ القيم في الزكوات ، رقم الحديث ٧٦٢٢ ، ج ٤ ، ص ١١٣ ، دار المعارف النظامية ، حيدر أباد ــ الهند . وانظر أيضا : ابن زنجويه ، حميد بن مخلد بن قتيبة بن عبد الله الخرساني (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م) ، **الأموال** ، الطبعة الأولى ، باب الأمر في أخذ المصدق سنا فوق سن أو سنا دون سن ، رقم الحديث : ١٤١٩ ، ج٢ ، ٨١٣ ، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية ، السعودية . وقيل : الخميس من الثياب ، وطولها خمس في خمس ، وكان ملك يقال له الخميس ، فنسبت إليه .

(٣) . ابن سِيدَه ، **المخصص** ، ، مصدر سابق ، الجزء الخامس ، السفر ١٧ ، باب النسب إلى العدد ، ص ١١٨ ، ١١٩ . ومن الأمثلة أيضا على استخدام العدد بقصد التوصيف ، مصطلح العداون الثلاثي ، أي العداون الحاصل من ثلاث دول .

- شرح التعريف ومحترزاته.

فالقول (ثبوت) يحقق المعنى اللغوي لكلمة القرار ، ويكون قرار الهيئة الاستئنافية نتاج ما توصل إليه الباحث بعد إعادة نظرها الدعوى وما اطمأنت إليه ، وثبت لديها بعد تدقيق الدعوى وتمحيص قرارتها ، ويخرج بذلك الحوار الدائر والنقاش الحاصل بين أعضاء الهيئة الاستئنافية ، وما نتج عنه من آراء لم يؤخذ بها .

والقول (حكم) فإن أحكام محكمة الاستئناف وإن كان يطلق عليها عرفا لفظ قرارات ، إلا أنها في الواقع أحكام . فكيف يمكن إذن أن يبطل قرار حكماً . وهذا مما لا يمكن حدوثه ، فالحكم لا يبطله إلا حكم مثله أو أقوى منه ، كفسخ حكم المحكمة الاستئنافية لحكم المحكمة الابتدائية وإبطاله . ومما يدل على ذلك أيضا ما جاء به الشيخ الأبياني في تعريف القرار حين عنونه بحكم الدعوى[١] ، وبالإضافة إلى هذا وذاك ما نراه في أحكام المحاكم الابتدائية في الدعاوى التي تستأنف استقلالا ، كالأحكام القاضية بالتفريق بين زوجين مثلا . حيث يختتم الحكم بعبارة "... حكماً وجاهياً[٢] / غيابياً[٣] " موقوف النفاذ على تصديقه استئنافا وتابعا له ..) ، وتماماً على ما تم ذكره فقد حوت المادة ١٥٠ المذكورة في نصها ما قوله "صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر ، أو كان من رأيها العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة" . فوصفت ما يصدر عن محكمة الاستئناف بأنها أحكام .

والقول (هيئة المحكمة الاستئنافية) لتميز ما يثبت للمحكمة الاستئنافية مما يثبت للمحكمة الابتدائية . حيث إن قاضي المحكمة الابتدائية مع أنه قاض منفرد إلا أنه بالعرف القضائي يطلق عليه مصطلح "هيئة القاضي" .

---

(١) . الأبياني ، **مختصر كتاب مباحث المرافعات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٦ . وانظر أيضا تعريف القرار في الاصلاح القضائي في المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا الفصل في هذه الأطروحة .

(٢) . الحكم الوجاهي : هو القرار الصادر بفصل الدعوى والخصومة فيها ، ويكون بحضور طرفي الدعوى .

(٣) . الحكم الغيابي : هو القرار الصادر بفصل الدعوى والخصومة فيها ، ويكون بغياب المدعى عليه ، وعدم حضوره أي جلسة من جلسات المحاكمة . أما إن كان المدعى عليه قد حضر جلسة ما من جلسات الدعوى ثم تغيب عن الجلسة الأخيرة ، وتمت محاكمته غيابيا وصدر الحكم بغيابه ، فيسمى الحكم عندئذ حكما غيابيا بالصورة الوجاهية . والفرق بين الحكم الغيابي ، والحكم الغيابي بالصورة الوجاهية هو أن الحكم الغيابي يكون قابلا للاعتراض والاستئناف . أما الحكم الغيابي بالصورة الوجاهية ، فتسري عليه أحكام الحكم الوجاهي من حيث قابليته للطعن ، فيكون قابلا للاستئناف فقط .

والقول (المكونة من خمسة أعضاء) يخرج القرارات الصادرة عن الهيئة الاستئنافية العادية التي تتكون من ثلاثة أعضاء ، ويبقي ما يصدر عن الهيئة الاستئنافية ذات الأعضاء الخمسة . والقول (لرفع تناقض ، أو العدول عن مبدأ سابق) فالمراد به الغاية المرجوة من استصدار قرار استئنافي بخمسة أعضاء ، وهي رفع تناقض سابق بين قرارين سابقين أو أكثر ، صدرا يخالف كل واحد منهما الآخر ، أو للعدول عن مبدأ متبع ومنهج معتمد في السابق.

المطلب الخامس : ألفاظ ذات صلة .

حتى يتسنى للقارئ فهم مفردات الدراسة التي سبق بيانها ، وبين ما يتعلق بها من ألفاظ أخرى ، فقد خصص لذلك فرعين اثنين . الأول يتعلق بلفظة القرار . والثاني يتعلق بلفظة الاستئناف . وسيحاول الباحث بإذن الله بيان المعنى اللغوي لكل مفردة بشكل موجز ، ثم يبين المعنى الاصطلاحي لها ، وبما يقتضيه المقام . مكتفيا بذكر عدد من التعريفات دون التعليق عليها ، مع بيان العلاقة بين كل لفظة وما يتصل بها .

الفرع الأول : ألفاظ تتعلق بالقرار .

من الألفاظ التي تتعلق بالقرار كلمتي الحكم ، والقضاء .

أولا : الحُكْمُ .

والحُكْمُ في اللغة معناه : المنع(١) .

وقال ابن منظور(٢) : أنه يأتي بمعنى العلم ، والفقه(١) ، كما في قوله جل وعلا : ((وَءَاتَيْنَـٰهُ ٱلْحُكْمَ صَبِيًّا))(٢) . ويأتي كذلك بمعنى القضاء(٣) ، ومنه قوله تعالى : ((إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ))(٤) .

---

(١) . فبنفس المعنى قال الشاعر جرير : أبني حنيفة أحكموا سفهاءكم ... إني أخاف عليكم أن أغضبا . انظر ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٢٧٧ .

(٢) . هو أبو القاسم ، محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن منظور الإفريقي المصري ، ولقبه (جمال الدين أبو الفضل) ، أديب ، لغوي ، ناظم ، ناثر ، مشارك في العلوم . ولد أول محرم بمصر ، وقيل بطرابلس الغرب ، ولي القضاء في طرابلس ، وقيل أنه عمي آخر حياته ، وعاد لمصر ، وتوفي فيها سنة ٧١١ هـ . مؤلفاته كثيرة منها معجم لسان العرب . انظر في ترجمته كحالة ، **معجم المؤلفين** ، مصدر سابق ، ج ١٢ ، ص ٤٦ . وانظر أيضا : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ١٠٨ .

أما في الاصطلاح القضائي فقد عرفته المادة ١٧٨٦ من مجلة الأحكام العدلية بأنـــه : قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها(٥) .

ويعرفه الدكتور محمد سعيد عبد الرحمن بأنه القرار الصادر من محكمة فـــي حـــدود ولاياتها القضائية في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام . سواء كان صـــادرا فـــي نهاية الخصومة ، أو في أثناء سيرها ، وسواء كان صادراً في موضوع الخصومة ، أو فـــي مســـألة إجرائية(٦) .

ويرى الدكتور محمد نعيم ياسين أن التعريف الجامع المانع للحكم هو بأن يقال أنـــه : فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن فـــي حكمه بطريق الإلزام(٧) .

- علاقة القرار بالحكم .

---

(١) . ابن منظور ، **لسان العرب** ، مصدر سابق ، ج ١٢ ، ص ١٤٠ . وانظر أيضا مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ١٩٧ .

(٢) . ((يَـٰيَحۡيَىٰ خُذِ ٱلۡكِتَـٰبَ بِقُوَّةٖۖ وَءَاتَيۡنَـٰهُ ٱلۡحُكۡمَ صَبِيّٗا)) . (مريم : ١٢) .

(٣) . الفيروز أبادي ، **القاموس المحيط** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، فصل الحاء ، باب الميم ، ص ٩٨ . وقد ورد في هذا الجزء أن رقم هذه الطبعة هي الرابعة ، أما في باقي أجزاء الكتاب فقد ورد أن رقم الطبعة هي الطبعة الثالثة . وانظر أيضا ابن منظور ، **لسان العرب** ، مصدر سابق ، ج ١٢ ، ص ١٤١ .

(٤) . ((قُلۡ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٖ مِّن رَّبِّي وَكَذَّبۡتُم بِهِۦۚ مَا عِندِي مَا تَسۡتَعۡجِلُونَ بِهِۦٓۚ إِنِ ٱلۡحُكۡمُ إِلَّا لِلَّهِۖ يَقُصُّ ٱلۡحَقَّۖ وَهُوَ خَيۡرُ ٱلۡفَـٰصِلِينَ)) . (الأنعام : ٥٧) .

(٥) . نصت المادة ١٧٨٦ من مجلة الأحكام العدلية على أن : الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة ، وحسمه إياها ، وهو على قسمين . القسم الأول : هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام ، كقوله : حكمت ، أو أعط الشيء الذي ادعى به عليك ، ويقال له قضاء الإلزام ، وقضاء الاستحقاق . والقسم الثاني : هو منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام ، كقوله : ليس لك حق . أو أنت ممنوع عن المنازعة ، ويقال لهذا قضاء الترك . انظر : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ج ١٦ ، ص ٥١٩ .

(٦) . عبد الرحمن ، محمد سعيد (٢٠١١م) ، **الحكم القضائي أركانه وقواعد إصداره دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة** ، الطبعة الأولى ، ص ٢٥ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ــ لبنان . ونرى كيف أن صاحب التعريف قد جمع بتعريفه كل ما يصدر عن القاضي سواء أثناء نظر الدعوى ، أو ما يصدر عنه في المحكمة تنظيما لأمور إدارية أخرى .

(٧) . ياسين ، محمد نعيم (١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م) ، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية** ، الطبعة الثالثة ، ص ٦٤٣ ، دار النفائس ، عمان ــ الأردن .

مما سبق تبدو علاقة القرار بالحكم واضحة . حيث إن صدور الحكم متعلــق بـــالقرارات التي تصدر أثناء نظر الدعوى ، ونجد الكثيرين قاموا بتعريف الحكم بأنه هو نفسه القـــرار . كما في تعريف الدكتور عبد الرحمن السابق ، أو العكس كما في تعريف الشـــيخ الأبيـــاني ، والدكتور القضاة .

والواقع إنه وإن كانت العلاقة بين القرار والحكم علاقة قوية وواضـــحة . إلا أن الفـــرق بينهما أيضا جلي وبيّن . حيث إن القرار يصدر عن القاضي لتنظيم أمور الدعوى ، واستكمال السير فيها حسب الأصول ، للتوصل بالنتيجة للحكم الذي هو ختام الدعوى والفصل فيها وقطع النزاع بين أطراف الدعوى ، فيتوصل للحكم عن طريق القرارات الصادرة أثناء نظر الدعوى . كما أن القرارات عند صدورها يكون منها الفاصل في الدعوى ، ومنها غير الفاصل لهـــا . وهذا بخلاف الحكم . فكل الأحكام عند صدورها تكون فاصلة للدعوى منهية للخصومة فيها . كما أن القرارات بمفهوم أعم تصدر عن القاضي لتنظيم أمور المحكمة الإدارية بصفته الولائية لا بصفته القضائية(١) ، أما الأحكام فلا تختص إلا بالدعاوى . ويظهر فرق آخر فهناك مـــن القرارات ما يمكن الرجوع عنها وتعديلها . أما الأحكام فلا يمكن الرجوع عنها ولا يمكن إلغاء الحكم الصادر في الدعوى إلا بحكم آخر مثله أو أقوى منه . إضافة إلى هـــذا فـــإن الأحكـــام والقرارات تختلف بحسب أنواعها ، فالأحكام تقسم إلى حكم وجـــاهي ، وغيـــابي ، وغيـــابي بالصورة الوجاهية ، أما القرارات فتشمل القرار الإعدادي ، والقرار المؤقت ، وقرار القرينة ، والقرار القطعي(٢) . وبالإضافة لكل ما سبق فإن من القرارات من يقبل الاستئناف استقلالا ، ومنها لا يقبل ذلك ، أما الأحكام فجميعها تكون قابلة للاستئناف .

---

(١) . كقرار القاضي قبول تسجيل الدعوى في المحكمة التي ينظر فيها ، وقرار رئيس المحكمة كيفية تسجيل الدعاوى وتوزيعها على هيئات القضاة المتعددة وقراره في أعمال الإداره والترتيب والحفظ . وهو أقرب ما يسمى إلى أنه قرار إداري ، وهو ما يتخذ المسؤول لتنظيم أمور في حدود ولايته .

(٢) . القرار الإعدادي هو : القرار الذي يظهر تدبيرا يسهل تحقيق نظر الدعوى ، ومثاله قرار المحكمة إدخال شخص ثالث في الدعوى ، أو رفض طلبه الدخول فيها كشخص ثالث . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة عمان الشرعية برقم ٨٩٥٩٩ .

والقرار المؤقت هو : اتخاذ المحكمة تدبيرها لفترة زمنية معينة قبل الفصل في الدعوى ، ومثاله قرار المحكمة بمنع سفر المدعى عليه ، أو قرارها بوقف السير في الدعوى . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة إربد الشرعية برقم ٣٠٥٤ .

وقرار القرينة هو : التدبير الذي تتخذه المحكمة أثناء نظر الدعوى ، ويكون مشعرا للحكم ، ومثاله قرار القناعة بشهادة الشهود . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف معان الشرعية برقم ١٤٢٧.
والقرار القطعي هو : ثبوت الحكم لدى المحكمة ، وقطع الخصومة فيها ، ومثاله القرار المنهي للدعوى ، والقاطع الخصومة فيها . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٣٤٦ .

أضف إلى هذا وذاك فإن القرارات الصادرة عن المحاكم الاستئنافية وإن كان يطلق عليها لفظ قرارات إلا أنها في الحقيقة أحكام . ومن هذا المنطلق يمكن القول أن كل حكـــم قـــرار ، وليس كل قرار حكما . فالقرار أعم وأشمل من الحكم .

ثانيا : القَضَاءُ .

جاء في معجم المقاييس القضاء هو : الحكم[١] ، والفصل[٢] ، وقطع الخصـومة[٣] . كما في قوله تعالى : ((فَٱقۡضِ مَآ أَنتَ قَاضٍۖ))[٤] .

أما في الاصطلاح القضائي فقد جاء في تبصرة الحكام أن حقيقة القضـاء : هـي الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[٥] .

كما عرفه القاضي علي قراعة بقوله : هو فصل الخصومات ، وقطع المنازعـات علـى وجه خاص صادر عن ولاية عامة[٦] . وهو نفس تعريف الشيخ الأبياني مع خلوه من عبارة "صادر عن ولاية عامة"[٧] .

ويقول الدكتور محمد أبو فارس : التعاريف كلهـا تتفـق فـي أن القضـاء هـو إلـزام المتخاصمين والناس جميعا بالحكم الشرعي ، وتنفيذه عليهم[٨] .

علاقة القرار بالقضاء .

---

(١) . انظر ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٨٩٣ .

(٢) . مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٧٧١ .

(٣) . الكفوي ، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) ، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية** ، الطبعة الثانية ، ص ٧٠٥ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ــ لبنان .

(٤) . ((قَالُواْ لَن نُّؤۡثِرَكَ عَلَىٰ مَا جَآءَنَا مِنَ ٱلۡبَيِّنَٰتِ وَٱلَّذِي فَطَرَنَاۖ فَٱقۡضِ مَآ أَنتَ قَاضٍۖ إِنَّمَا تَقۡضِي هَٰذِهِ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَآ)) .(طه : ٧٢).

(٥) . ابن فرحون ، أبو الوفاء إبراهيم بن محمد اليعمري المالكي (١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م) ، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام** ، الطبعة الثانية ، ج ١ ، ص ٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

(٦) . قراعة ، علي (١٣٤٤هـ/١٩٢٥م) ، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية** ، الطبعة الثانية ، ص ٢٧٦ ، مطبعة النهضة ، شارع عبد العزيز ــ مصر .

(٧) . عرف الشيخ محمد زيد الأبياني القضاء بأنه فصل الخصومات ، وقطع المنازعات على وجه مخصوص ، وأضاف أن بعض الفقهاء عرفه بأنه قول ملزم يصدر عن ولاية عامة . انظر الأبياني **مختصر كتاب مباحث المرافعات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٩٩ ، ١٠٠ .

(٨) . أبو فارس ، محمد عبد القادر (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) ، **القضاء في الإسلام** ، الطبعة الرابعة ، ص ١٦ ، دار الفرقان ، عمان ــ الأردن .

تظهر علاقة القرار بالقضاء من خلال الغاية المرجوة والهدف المنشود من القضاء ، وهي الوصول لفصل الخصومة ، وقطع النزاع بين المتداعيين ، ولا يصار لذلك إلا من خلال ما تصدره المحكمة من قرارات ابتدائية ثم إعدادية ثم قرارات نهائية فاصلة للدعوى ، وقاطعة للخصومة فيها . فالقضاء هو الغاية المنشودة . والقرار هو السبيل لتحقيق هذه الغاية . فيتبين العموم والخصوص الحاصل بينهما .

الفرع الثاني : ألفاظ تتعلق بالاستئناف .

من الألفاظ ذات الصلة بالاستئناف (التمييز ، والاعتراض) .

أولاً : التَمييزُ .

يقال في اللغة : ماز الشيء : أي فصله . والتمييز معناه لغة : انفصال شيء عن شيء[(١)] . ومنه قوله تعالى : ((لِيَمِيزَ ٱللَّهُ ٱلۡخَبِيثَ مِنَ ٱلطَّيِّبِ))[(٢)] .

وفي الاصطلاح القضائي .

عرفه الدكتور محمد الدغمي بأنه : الدفع بالرفع إلى قاض آخر ، ويكون ذلك أمام قاض غير القاضي الذي حكم أولاً ، ولا بد أن يكون الحكم المرفوع للقاضي الثاني وقع بعد دعوى صحيحة[(٣)] .

ويمكن استقراء تعريفه من نص المادة ١٨٣٩ من مجلة الأحكام العدلية[(١)] . بأنه طلب المحكوم عليه غير القانع بالحكم الصادر بحقه بتدقيق الحكم من قبل المحكمة المختصة لتصديقه ، أو نقضه[(٢)] .

---

(١) . انظر ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٩٧١ . وفي المعجم الوسيط نفس المعنى ، حيث قال : عزل عن الشيء عن الشيء . انظر مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٩٢٩ .

(٢) . ((لِيَمِيزَ ٱللَّهُ ٱلۡخَبِيثَ مِنَ ٱلطَّيِّبِ وَيَجۡعَلَ ٱلۡخَبِيثَ بَعۡضَهُۥ عَلَىٰ بَعۡضٍ فَيَرۡكُمَهُۥ جَمِيعًا فَيَجۡعَلَهُۥ فِي جَهَنَّمَۚ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡخَٰسِرُونَ)) . (الأنفال : ٣٧) .

(٣) . الدغمي ، محمد راكان ضيف الله (١٤١١هـ/١٩٩١م) ، **دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية** ، الطبعة الأولى ، ص ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، دار عمار ، عمان ــ الأردن . دار الجيل ، بيروت ــ لبنان .

- علاقة التمييز بالاستئناف .

مع عدم وجود هذا المفهوم أمام المحاكم الشرعية . إلا أنه وللعلاقة الواضحة بين التمييز والاستئناف . فقد فضل الباحث إيراد هذا المفهوم في الحديث عن الألفاظ ذات الصلة بمفهـوم الاستئناف ، دون الاستفاضة بالحديث عنه مكتفيا ببيان العلاقة بينه وبين الاستئناف ، وذكـر أهم الفروقات بينهما . مع العلم أن التمييز ورد بمسميات أخرى ، كالنقض ، والإبرام .

وتبدو العلاقة بين الاستئناف والتمييز علاقة مشتركة ، فكلا الأمرين يعتبران وسيلة مـن وسائل الطعن بالحكم والقرار الصادر عن المحكمة الابتدائية . إلا أن الاختلاف بينهما حاصل . حيث إن القرار التميزي أقوى من القرار الاستئنافي تبعا للنهج القضائي ، ولا يتم اللجـوء للتمييز إلا بعد المرور بطريق الاستئناف ، والانتهاء منه[٣] .

ثانياً : الاعتِرَاضُ[٤] .

الاعتراض في اللغة معناه : المنع[٥] ، والامتناع[٦] . والعَرضُ خـلاف الطـول[١] . والعارض هو المانع[٢] .

---

(١) . نصت المادة ١٨٣٩ من مجلة الأحكام العدلية على : "إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق الدعوى وطلب تمييز الإعلام الحاوي للحكم فيدقق الإعلام المذكور ، فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق ، وإلا ينقض" . انظر : لجنة من العلماء ، في الدولة العثمانية (بلا تاريخ طبعة) ، **مجلة الأحكام العدلية** ، ص ٣٧٤ ، نور محمد كارخانه لتجارة الكتب ، كاراتشي ــ الباكستان .

(٢) . المرجع السابق ، ص ٣٧٤ .

(٣) . تجدر الإشارة إلى أن بعض أحكام المحاكم المدنية لا تخضع للتمييز ، وبعضها لا يحتاج لأن يمر بمرحلة الاستئناف .

(٤) . الاعتراض نوعان ، الأول يكتفى بتسميته عرفا الاعتراض ، ويراد به أحد طرق الطعن العادية المتضمن الاعتراض على الحكم الذي يصدر بحق أحد الخصوم في حالة غيابه عند نظر الدعوى من أول جلسة حتى صدور الحكم فيها ، رغم تبلغه موعد الجلسة وفق القانون . انظر الدليمي ، أجياد ثامر نايف (٢٠١١م) ، **الاعتراض على الحكم الغيابي دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة** ، بلا رقم طبعة ، ص ٢٧ ، دار الكتب القانونية ، مصر . وقد عرفه أيضا بالتعريف المذكور في متن الصفحة . أما النوع الثاني فيعرف على أنه طريق من طرق الطعن غير العادية في الأحكام يرفع من شخص لم يكن طرفا في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه إلى ذات المحكمة التي أصدرته إذا كان متعديا إليه أو ماسا بحقوقه ، ولو لم يكن قد اكتسب درجة البتات بهدف تعديله ، أو إبطاله . انظر أبو البصل ، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، مصدر سابق ، ص ٢٢٦ . وانظر أيضا الدليمي ، **الاعتراض على الحكم الغيابي دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة** ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

(٥) . الكفوي ، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية** ، مصدر سابق ، ص ١٤٤ .

(٦) . وهو ما يفهم مما قاله ابن منظور . انظر : ابن منظور ، **لسان العرب** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ١٦٩ .

وجاء في المعجم الوسيط من حيث الاصطلاح : عارض في الحكم الغيابي أي رفعه إلى المحكمة التي أصدرته طالبا إلغائه أو تعديله[٣] . وهو ما سماه معجم القانون : المعارضة[٤] .

وعرفه الدكتور أجياد الدليمي بأنه طريق من طرق الطعن العادية في الأحكام التي تصدر في غياب أحد الخصوم ، والتي نص القانون على جواز الطعن فيها بالاعتراض يركن إليه المحكوم عليه غيابيا للوصول إلى إبطال الحكم ، أو تعديله[٥] .

وعرفه الدكتور نصر فريد واصل بأنه : الجواز للغائب برفع الأمر للقاضي الذي أصدر الحكم ضده ، لإعادة النظر في الدعوى من جديد ، والحكم فيها بإلغاء الحكم الأول ، أو تعديله ، أو تأييده[٦] .

- علاقة الاعتراض بالاستئناف .

يشترك الاعتراض والاستئناف في كونهما أيضا طريقين من طرق الطعن بحكم المحكمة الابتدائية ، ويعتبر الاعتراض أقوى من الاستئناف ، وأكثر تمكينا للطاعن . ذلك أن المعترض يحوز حق تقديم اعتراضه أمام المحكمة الابتدائية التي فصلت الحكم ، مما يفسح المجال أمام مقدمه لتقديم طعونه على الحكم ، وبيان أسباب اعتراضه عليه ، وإبراز بيناته على ما ادعى ، وتقديم حججه وبراهينه ، وممارسة حقه في المرافعة أمام المحكمة التي أصدرت حكمها الغيابي . كما أن الاعتراض يفسح المجال لأي متضرر من الحكم لتقديم دفوعه وطعونه على الحكم الصادر سواء كان صادرا بحقه مباشرة ، أو كان يؤثر عليه بإحدى الطرق غيرالمباشرة كما في اعتراض الغير . هذا بالنسبة للاعتراض ، أما الاستئناف فيتم به نظر الدعوى تدقيقا

---

(١) . ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٧٥٤ .

(٢) . مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص٦١٥ .

(٣) . مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ٦١٥ .

(٤) . مجمع اللغة العربية ، **معجم القانون** ، مصدر سابق ، الباب الثالث ، ص ٢٤٥ .

(٥) . الدليمي ، **الاعتراض على الحكم الغيابي دراسة تحليلة تطبيقية مقارنة** ، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

(٦) . واصل ، نصر فريد محمد (بلا تاريخ طبعة) ، **السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام** ، بلا رقم طبعة ، إلا أنه عنون بمقدمة الكتاب بالطبعة الثانية ، ص ٢٦١ ، المكتبة التوفيقية ، مصر .

دون مرافعة طرفي الدعوى فيها . إلا في الحالتين المذكورتين في المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل .

المبحث الثالث : الفرق بين القرار الاستئنافي ، والقرار الاستئنافي الخماسي ، وأهمية القرار الاستئنافي الخماسي ، ودواعي إصداره .

المطلب الأول : الفرق بين القرار الاستئنافي ، والقرار الاستئنافي الخماسي .

عند الاطلاع على القرارات الاستئنافية ، والمقارنة ما بين القرار الاستئنافي بصورته المعتادة ، والقرار الاستئنافي الخماسي . تظهر أمامنا فروق من حيث العدد بداية ، ثم السبب ، ثم الأثر المترتب على كل واحد منهما ، وكذلك في كيفية انعقاد كل هيئة فيهما ، ومدار عمل هيئة منهما أيضا . وفي التالي تفصيل الحديث عن هذه الفروق :

١- عدد أعضاء الهيئة .

من المعلوم أن القرار الاستئنافي المعتاد يتكون من هيئة استئنافية تتكون من ثلاثة قضاة من قضاة محكمة الاستئناف الشرعية ، ويكون أحدهم رئيسا للهيئة ، والقاضيان الآخران عضوان فيها .

أما بالنسبة للقرار الاستئنافي الخماسي ، فيظهر من وصفه أنه يتكون من هيئة قضائية ذات خمسة أعضاء من أعضاء محكمة الاستئناف ، ويكون أحدهم رئيسا ، وفي الغالب يكون الرئيس هو رئيس المحكمة الاستئنافية الصادر عنها القرار . والقضاة الآخرون يكونون أعضاء في هذه الهيئة .

٢ - السبب .

وضحت المادة ١٣٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م أن من صلاحية المحاكم الاستئنافية الفصل في الدعاوى المستأنفة التي تصدر عن المحاكم الابتدائية ، ويشترك القرار الاستئنافي بصورته العادية مع القرار الاستئنافي الخماسي بالأسباب التي جاءت بها المواد ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ من القانون المذكور . فبعد انعقاد الهيئة

الاستئنافية يصدر القرار الاستئنافي الاعتيادي ، أو الخماسي ، والتي لا تعقد تلك الهيئـــة إلا بحالتين ، وهما :

أ – بناء على طلب الفريق الراغب بالاستئناف سواء أرغب باستئناف أحد قـــرارات المحكمة أثناء نظرها للدعوى ، أو استئنافه لحكمها الفاصل في نهاية الدعوى . وذلك بتقـــديم لائحته الاستئنافية مخاطبا المحكمة المختصة . كما في المادتين ١٣٦ و١٣٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية المذكور[١].

ب – بسبب ما ترفعه المحكمة الابتدائية من دعاوى تكون موقوفة النفاذ على تصديق محكمة الاستئناف الشرعية لها . كما أشارت لذلك المادة ١٣٨ من القانون آنـــف الـــذكر[٢] .

ففي هاتين الحالتين يتم صدور القرار الاستئنافي الاعتيادي ، والقرار الخماســـي . وهذا هو ما يشترك به القراران .

أما جوهر الفرق بينهما فهو ما جاءت به المادة ١٥٠ من قانون أصـــول المحاكمـــات الشرعية[٣] ، والتي بينت أن القرار الخماسي لا يصدر إلا في واحدة من حالتين ، وهما :

---

(١) . نصت المادة ١٣٦ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على : "١ – مدة الاستئناف ثلاثون يوماً تبتدئ من تاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهيا ، ومن تاريخ تبليغ الحكم إلى المستأنف إذا كان غيابيا . ويسقط من المدة اليوم الذي صدر فيه الحكم ، أو جرى فيه التبليغ . كما تسقط أيام العطل الرسمية إذا وقعت في نهاية مدة الاستئناف . ٢– يجوز استئناف الحكم الغيابي قبل تبليغه ، ويعتبر ذلك تبليغاً على أن يشفع الاستئناف بإعلام الحكم المستأنف ..." . كما نصت المادة ١٣٧ من القانون نفسه على أنه : "يجوز استئناف الأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى ، وقرارات الوظيفة ، والصلاحية ، ومرور الزمن" . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

(٢) . نصت المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية المذكور على أن : "ترفع المحاكم البدائية إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على القاصرين ، وفاقدي الأهلية ، وعلى الوقف ، وبيت المال ، وأحكام فسخ النكاح ، والتفريق ، والطلاق ، والرضاع المانع للزوجية ، والإمهال للعنة ، والجنون ، وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى ، وأحكام الدية لتدقيقها . وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً من صدور الحكم ، ويشترط في ذلك أن لا يكون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المعينة ، وفصلت محكمة الاستئناف في موضوعها". انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

(٣) . نصت المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية على : "إذا رأت محكمة الاستئناف أن المسألة الفقهية أو القانونية التي ينبغي عليها الفصل في أية قضية مستأنفة قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر ، أو كان من رأيها العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة . جاز لها أن تصدر قرارها في تلك القضية بما تراه صوابا ، وفي هذه الحالة تنعقد المحكمة من خمسة قضاة ، ويكمل قاضي القضاة هيئة المحكمة عندئذ بطريق الانتداب" . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

أ – إذا رأت محكمة الاستئناف أن المسألة الفقهية أو القانونية التي ينبغي عليها الفصل في أية قضية مستأنفة قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر .

ب – إن كان من رأي المحكمة الاستئنافية العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة[١] .

فهذان هما السببان المباشران إذن لصدور القرار الخماسي . وإن المتأمل يرى أن الدعوى لا تصل لمحكمة الاستئناف الشرعية المختصة إلا بما سبق ذكره ، من طلب المستأنف ، أو بأمر القانون . وعليه وبحصر القرارات الخماسية بهاتين الحالتين ، يتبين سبب قلة صدور أحكام خماسية في محاكم الاستئناف الشرعية الأربع . ذلك أن حصر صدور هذه القرارات بالسببين المذكورين يحد من عددها ، ويقلل من وجودها .

٣ – الأثر المترتب على كل واحد منهما .

يظهر الفرق من هذه الناحية من خلال صدور القرار الاستئنافي المألوف مصدقا لحكم المحكمة الابتدائية ، وجعله قابلا للتطبيق ، وكاسيا له حجية الحكم القطعي . ويظهر أثره عند صدوره فاسخاً لحكم المحكمة الابتدائية ، ومبطلاً له . وبالتالي تجميد الحكم المفسوخ ، وصيرورته كأنه لم يكن . وحيازته قوة القرار الاستئنافي الملزم للمحكمة الابتدائية الصادر عنها الحكم[٢] .

أما القرار الخماسي فأثره يشترك مع ما سبق ، ويتعدى ذلك ليصل بمساسه بالقرارات الاستئنافية العادية بترجيح أحد القرارات المتعارضة على الآخر ، والعدول عن الاجتهادات السابقة الحاصلة في القرارات العادية وإلغائها . فأثر القرار الخماسي تتعدى هيمنته على أحكام

---

(١) . ولا يفهم من هذه الحالة أنه من الممكن تعديل النص القانوني والعدول عنه من خلال إصدار قرار استئنافي خماسي بذلك . ذلك أن المادة أشارت إلى "العدول عن مبدأ" ولا يقصد بالمبدأ نص القانون بل الاجتهاد الاستئنافي في قرار استئنافي ما ، فالمبدأ أقل درجة من القانون بحسب التدرج التشريعي الوضعي .

(٢) . مع العلم أن الإلزام يكون لسائر المحاكم الابتدائية الواقعة في إقليم المحكمة الاستئنافية ، فليس لقاضي البداية الذي أصدر حكمه المفسوخ أن يصر على قراره الذي أصدره مباشرة ، إذ يجب عليه بداية أن يتبع توجيهات المحكمة الاستئنافية ثم إن رأى أن يصر على رأيه فله ذلك ، وفي هذه الحالة تفصل المحكمة الاستئنافية في الدعوى مرافعة أو تنحي القاضي المصر على قراره وتنتدب غيره لنظر الدعوى . فقد نصت الفقرة ب من المادة ١٤٩ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه : "في حالة إصرار القاضي البدائي على قراره ، واستئناف الحكم ثانية تدقق محكمة الاستئناف فيه ، وتصدر قرارها إما بتأييد الحكم أو فسخه ، وفي الحالة الأخيرة لمحكمة الاستئناف هذه رؤية القضية مرافعة ، أو إعادتها للمحكمة ليراها قاض آخر انتداباً" . انظر القرار الاستئنافي الخماسي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٢٠٢٤٦ .

وقرارات المحكمة الابتدائية ليصل لقرارات المحكمة الاستئنافية العادية . مع انحصـــار أثـــر القرار العادي بسلطته على أحكام وقرارات المحكمة الابتدائية .

- **مسألة : مدى أثر القرار الاستئنافي الخماسي على القرارات التي تم العـدول عنهـا وترجيح الموافق للخماسي عليها على نفاذ أحكامها واستمرارها .**

إن الجواب يكون بمقتضى القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة اسـتئناف عمـان الشرعية برقم (١٢١٩٢)(١) ، القائل أن هيئة المحكمة الاستئنافية الشرعية المؤلفة بمقتضـى المادة ١٥٠ من أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م حينما تقرر مبدأ جديداً خلاف المقرر منها سابقاً ، أو تعين اتجاها في المسألة الفقهية أو القانونية خـلاف مـا اتجهت إليه في بعض قراراتها السابقة ، فلا يؤثر ذلك على تلك القرارات لأنهـا قطعيـة لا مجال للبحث فيها(٢) . فما مضى وتم الحكم به والإقرار عليه ينفذ حتى تاريخ ترجيح غيـره عليه ووقف العمل به . فلو طلب المتضرر الرجوع للقرار الراجح بأثـر رجعي لا يحق لـه ذلك .

٤ – ماهية عمل الهيئة الاستئنافية لكل واحد من القرارين .

تتخذ هيئة القرار العادي منهجية النظر في الدعوى وتدقيقها ، ونظر أسباب الاستئناف الواردة على الحكم أو القرار المستأنف ، وترى القرارات الاستئنافية الصادرة بنفس الموضوع فتتبعها ، وتصدر قرارها الاستئنافي محاكياً لما سبقه من قرارات بنفس الموضوع .

أما القرار الخماسي فتقف هيئته متأملة للقرارات المخالفة لبعضها البعض . مدققة بها موازنة بينها لترجيح كفة أحدها على الآخر . واضعة نصب عينيها المصلحة المتحققة والغاية المرجوة من العدول عن مبدأ كان قد تقرر في أحكام وقرارات استئنافية سابقة ، بالنظر فـي مصادر التشريع المختلفة ، وأمهات الكتب ، والمراجع المختصـة ، وتمحـيص النصـوص القانونية ، وبيان المستند المعتمد فيه عليها ، وتحري المصلحة فيها .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٤ .
(٢) . عمرو ، عبد الفتاح عايش (١٤١١هـ/١٩٩٠م) ، **القرارات القضائية في الأحوال الشخصية حتى عام ١٩٩٠ م** ، الطبعة الأولى ، ص ٣١ ، دار يمان ، عمان ــ الأردن .

المطلب الثاني : أهمية القرار الاستئنافي الخماسي ، ودواعي إصداره .

لما كانت محكمة الاستئنافية الشرعية هي أعلى جهة قضائية لإصدار القرارات والأحكام القضائية الشرعية ، وحيث كان الهدف من إنشائها توحيد الاجتهادات القضائية ، وجعل الأحكام والقرارات الصادرة عنها مساوية بين جميع الخصوم في تنزيل نصوص القانون ، وتطبيق الاجتهادات القضائية على دعاويهم ، أخذا بمبدأ وحدة التقاضي . ولما تعددت الهيئات الاستئنافية التي جاءت لقضاء حوائج الناس المتزايدة ، وتدقيق ما يصلها من طعون في أحكام وقرارات المحاكم الابتدائية ، فإن احتمالية اختلاف هيئة استئنافية مع أخرى وارد ، وكذلك وجود تناقض بين ما استقرت عليه إحدى الهيئات الاستئنافية مع مثيلتها ممكن حدوثه أيضا . ولما وجدت أربع محاكم استئناف شرعية ذات أقاليم مختلفة مما يعزز ويزيد من احتمالية وجود هذا الاختلاف والتناقض فكان السبيل بالخروج من هذا الاحتمال اللجوء لما جاءت به المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، في نصها بقولها : "إذا رأت محكمة الاستئناف أن المسألة الفقهية أو القانونية التي ينبغي عليها الفصل في أية قضية مستأنفة قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر ، أو كان من رأيها العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة جاز لها أن تصدر قرارها في تلك القضية بما تراه صوابا . وفي هذه الحالة تنعقد المحكمة من خمسة قضاة ، ويكمل قاضي القضاة هيئة المحكمة عندئذ بطريق الانتداب"(١) .

وعليه وبعد إمعان النظر والتدقيق يتبين استجلاء أهمية وجود القرارات الاستئنافية الخماسية ، بما يلي :

١ – توحيد النهج القضائي ، وبيان ما استقرت عليه أعلى محكمة شرعية من آراء واجتهادات . فوجود التعارض بين القرارات الاستئنافية ممكن حدوثه ، ويعزو الباحث ذلك للأسباب التالية :

أ _ عدم توفر مادة قانونية صريحة تعتمد عليها في إصدار القرار الاستئنافي . مما يفسح المجال أمام الهيئة الاستئنافية لإبداء الرأي والاجتهاد ، من خلال الاعتماد على النصوص التشريعية ، والآراء الفقهية ، والقضائية للمسألة الواحدة . فتتباين بذلك وجهات النظر وما استقرت عليه كل هيئة استئنافية .

---

(١) . المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

ب _ غموض المادة القانونية المعتمدة ، مما يتطلب التأويل والتحليل لها ، لبيان مراد المقنن ، ومقصده من هذه المادة .

ج _ تعدد المحاكم الاستئنافية الشرعية ، ووجودها في أقاليم متباعدة ، خاصة مع عدم وجود ربط مباشر بين كل واحدة منهم يمكن من خلاله اطلاع كل محكمة على ما أصدرته قرينتها من قرارات واجتهادات ، إضافة إلى تعدد الهيئات الاستئنافية في المحكمة الاستئنافية الواحدة .

د _ صحيح أن الهيئة الاستئنافية الواحدة تتكون من رئيس وقاضيين ، ولا يخلو كل واحد منهم من الخبرة ، والعلم ، والدراية ، إلا أنّ الجبلّة البشرية المعرضة للخطأ والنسيان تزيد من احتمالية تناقض القرارات مع بعضها . خاصة مع ازدياد أعداد الدعاوى التي تستأنف تلقائياً ، وكثرة الطعون الواردة على الدعاوى المستأنفة ، حتى أصبح عدد القرارات الاستئنافية الصادرة عن المحاكم الاستئنافية الشرعية ما يقارب التسعين ألف قرار ونيف ، وكذلك إن عدم وجود فهرس موضوعي ورقمي يسهل على الهيئة الاستئنافية الرجوع للقرارات المتعلقة بذات الموضوع يعزز من فرصة التناقض والاختلاف .

وفي هذا المقام يظهر أمامنا تسائل في غاية الأهمية ، وهو هل أن صدور قرار خماسي عن إحدى المحاكم الشرعية يعد ملزما لقرينتها الأخرى ؟ أم أنه قاصر على ما يتبعها من محاكم ابتدائية ؟

والمتأمل بنظام تشكيل كل محكمة استئنافية من المحاكم الأربع المذكورة يجد أن النص في تشكيلها يظهر أن لكل واحدة من هذه المحاكم اختصاص من المحاكم الابتدائية تقع ضمنها . فلا تتعداه لغيرها . إلا أنه قد يشار إليه على سبيل الاستئناس . وقد وافق هذا الفهم ما ذهب إليه القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف إربد الشرعية برقم (٥٤٢٠)[١] .

فيقتصر ذلك القرار الخماسي على المحاكم الابتدائية التي تأتي ضمن المحكمة الاستئنافية الصادر عنها القرار . وتظهر بذلك الاجتهادات المستقر عليها جلية أمام هيئة القضاء والمتخاصمين ، وتستبين وجهة المحكمة الاستئنافية في المسألة الواحدة .

---

(١) . انظر الرابط الارشيفي للقرارات الاستئنافية الشرعية :
https://qistas.com/jor/shs/appeal/?serial=17166&SearchText

٢ – العدول عن اتباع مبدأ تقرر سابقا وتعديله تبعا للمصلحة المرجوة منه من تحقيق مصالح الناس وقضاء حوائجهم ، والذي يؤدي لتفعيل مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء .

والقاعدة الفقهية تقول "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"(١) ، وقيل في شرح هذه القاعدة أن الأحكام التي تتغير هي الأحكام المستندة على العرف والعادة ، لأنه بتغيير الأزمان تتغير احتياجات الناس ، وبناء على هذا التغير يتبدل أيضا العرف والعادة ، وبتغير العرف والعادة تتغير الأحكام(٢) .

وفي هذا الصدد يقول الإمام الشاطبي(٣) رحمه الله تعالى : "إن الشريعة جاءت لحفظ مقاصدها في الخلق وتحقيق المصالح"(٤) . ويضيف إن المصالح والمفاسد تتوجه بحسب الأحوال ، والأشخاص ، والأوقات ، حتى يكون الانتفاع المعين مأذونا بها في وقت أو حال أو شخص ، أو غير مأذون بها إذا كانت على غير ذلك(٥) .

والحاصل إن طوارئ الأمور كثيرة ومستجدات الحياة لا تنضب ، فيتغير الحكم لمراعاة الضرورة ، أو لتطور الزمن وتنظيماته المستحدثة . فيجب تغيير الحكم لتحقيق المصلحة ، ودفع المفسدة ، وإحقاق الحق والخير ، فتتغير الأحكام في حدود المبدأ الشرعي(٦)

---

(١) . الزرقا ، أحمد بن محمد (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م) ، **شرح القواعد الفقهية** ، الطبعة الثانية ، تصحيح وتعليق مصطفى الزرقا ، ص ٢٢٧ ، دار القلم ، دمشق ، سورية . وانظر أيضا : الندوي ، علي أحمد (١٤٢٠ هـ/٢٠٠٠م) ، **القواعد الفقهية مفهومها نشأتها تطورها دراسة مؤلفاتها أدلتها مهمتها تطبيقاتها** ، الطبعة الخامسة ، ص ١٥٨ ، دار القلم ، دمشق ـ سورية .

(٢) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مرجع سابق ، المادة ٣٩ ، ج ١ ، ص ٤٣ . **وانظر أيضا : الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ ، ٢٢٨** . وانظر أيضا : زيدان ، عبد الكريم **(١٤١٩هـ/١٩٩٨م) ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية** ، الطبعة ١٥ ، ص ٨٦ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ـ لبنان .

(٣) . هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي ، الشهير بالشاطبي ، أصولي حافظ ، من أهل غرناطة ، كان من أئمة المالكية ، من كتبه الموافقات في أصول الفقه ، والمجالس شرح كتاب البيوع من صحيح البخاري . توفي سنة ٧٩٠هـ وفق ١٣٨٨م . تنظر ترجمته في : الزركلي ، خيرالدين ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، الجزء الأول ، ص ٧٥ .

(٤) . الشاطبي ، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي **(١٤٢٢هـ/٢٠٠١م) ، الموافقات في أصول الشريعة** ، ج ٢ ، كتاب المقاصد ، ص ٩ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ـ لبنان .

(٥) . المصدر نفسه ، ص ٣٥ .

(٦) . الزحيلي ، وهبة **(١٤١٦هـ/١٩٩٦م) ، أصول الفقه الإسلامي** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ١١١٦ ، ١١١٧ ، دار الفكر ، دمشق ـ سورية

. فتدعو المصلحة والحاجة إلى العدول عما كان يتبع سابقا ، وتقتضي الاستعاضة عنها بأخرى جديدة لتواكب متغيرات الأحوال وما يستجد فيها .

وإنه من غير الممكن أن يتم تعديل القانون كلما أراد المشرع العدول عن مبدأ يتبعه ، فلو قلنا بذلك فإن هذا يحتاج لفترة طويلة في تعديل هذا القانون الجديد وسنه ، وما يمر به من مراحل ومناقشات لدى السلطة التشريعية . فكان القرار الخماسي حلا سريعا ، بما فيه من مرونة وسهولة وسرعة .

وينبثق من هاتين النقطتين أيضا ما يلي :

٣ – تحقيق مراد القضاء الأول وهو إحقاق العدل ، وإعطاء كل ذي صاحب حق حقه . فتحصل الطمأنينة لدى جميع أفراد المجتمع ، ويتحقق مبدأ المساواة بين جميع المتخاصمين أصحاب المركز القانوني المشترك . فتقوى هيبة القضاء في قلوب الناس وتقر أعينهم به . وتصبح نظرتهم للقضاء نظرة إجلال وإكبار .

٤ – إن صدور القرارات الخماسية يدفع الحرج ويرفعه عن المحكمة الاستئنافية حال عدولها عن حكم سابق . أو حال وجود تناقض بين أحكامها ، وذلك بغطاء قانوني شرعي يضمن استقلال القضاء ، وعدم التعرض معه للمساءلة ، كما أن صدوره أيضاً يكون حلاً سريعا لها فيما إذا أرادت تحقيق المصلحة بالعدول عن مبادئ كانت تتبعها سابقاً ، ورأت أن الأفضل اتباع غيرها من المبادئ حسب الحالات المستجدة . فتقوم المحكمة الاستئنافية بدور المحكمة العليا الشرعية ، والتي لا بد من وجودها كما تم ذكره(١) .

ويتبين مما سبق أن القرار الخماسي يكتسب حجية النص القانوني وقيمته فلا تجوز مخالفته(٢) ، من خلال الاحترام الحاصل للقرار الخماسي من قبل المحكمة الابتدائية التي تترقب صدور قرار بمثابة القانون ، يرشد الحيران لما استقر عليه الاجتهاد الاستئنافي ، ويبين ماهية النهج المتبع والخطى المعتمدة لأعلى محكمة شرعية في البلاد .

---

(١) . انظر المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل .

(٢) . الصمادي ، كمال علي صالح (٢٠٠٦م) . **اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في مسائل التفريق التي لم يرد بها نص خاص في قانون الأحوال الشخصية** ، الطبعة الأولى ، ص ٤٣ ، وأيضا ٢٥٩ ، بلا اسم دار نشر ، بلا مكان نشر .

ومادام القرار الخماسي يحوز حجية وقوة النص القانوني فلا بد من ذكر **الفرق بين القرار الخماسي ، والنص القانوني .**

١- فالقانون يمر بمراحل إعداد وتشكيل ثم إقرار ونفاذ ، من خلال نظر وإقرار السلطة التنفيذية والتشريعية له . أما القرار الخماسي فيتم إقراره بعد تشكيل أعضاء هيئته الخمسة داخل المحكمة الاستئنافية نفسها ، أو باستكمال قاضي القضاة العدد المطلوب بانتداب من يراه مناسبا .

٢- كما أن القانون إن تم تعديله وخالف القرار الخماسي ، فيكون نصه ملزما للقرار ولاغيا له . أما القرار الخماسي فإنه لا يملك إلغاء نص المادة القانونية أو تعطيلها . ذلك أن المادة ١٥٠ المذكورة ، والتي تجيز إصدر القرار الخماسي ذكرت أنه "إذا رأت العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة" . ولا يقصد بالمبدأ نص القانون بل المقصود به الاجتهاد الاستئنافي . فالمبدأ أقل درجة من القانون بحسب التدرج التشريعي الوضعي .

٣- بالإضافة إلى أن سلطة القانون تشمل جميع أحكام وقرارات المحاكم الشرعية الابتداية وأحكام المحاكم الاستئنافية ، وتكون مواده نافذة على محاكم المملكة كافة ومحكمتي القدس الشرعية الابتدائية والاستئنافية(١) . أما القرار الخماسي فتقتصر سلطته على قرارات وأحكام المحاكم الابتدائية ، والأحكام العادية والخماسية للمحكمة الاستئنافية الواقعة ضمن نفس الإقليم . فإصدار قرار خماسي مخالف لقرار خماسي آخر يعتبر أن الثاني ناسخا للقرار الأول ، ولاغيا له . ذلك أن القرار الخماسي الثاني يكون أحدث زمنا من القرار الأول ، ويكون مستندا على رخصة المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية في العدول عن مبدأ تقرر في أحكام سابقة إن رأت الضرورة بذلك(٢) .

---

(١) . حيث بقيت هاتان المحكمتان تتبعان للمملكة بصفة قانونية ، وتقوم المملكة بإدارة أعمالهما وتولي الإشراف المباشر عليهما حتى بعد ظهور السلطة الوطنية الفلسطينية . انظر : ص ٦ ، ٧ من هذا الفصل في هذه الأطروحة .

(٢) . انظر القرار الخماسي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٥٦٠٠٢ ، والذي جاء مخصصا لما جاء في القرار الخماسي الصادر عن نفس المحكمة برقم ٤٤٠٠٠ . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية ما بين ٣٩٨٠١ وحتى ٤٠١٠٠ .

وإن السبيل لعدم تصادم المحاكم الاستئنافية مع بعضها هو إنشاء محكمة عليا شرعية ، ذلك أن وجود أربع محاكم استئنافية متباعدة تتفاقم معها مشكلة اختلاف القرارات بين هذه المحاكم وهيئاتها لصعوبة ضبط قراراتها وتوحيدها ، كما يمنع من اتفاق المحاكم فيها بينها لترجيح قرار على آخر أو عدولها عن اتباع مبدأ سابق ، ويوفر المجال الخصب للاجتهاد ، والذي ينشأ عنه اختلاف وجهات النظر ، وبالتالي اختلاف في النتائج . فيكون لزاما إنشاء محكمة شرعية عليا .

المبحث الرابع : انعقاد هيئة القرار الاستئنافي الخماسي ، وشروط أعضائها .

المطلب الأول : كيفية انعقاد الهيئة الاستئنافية الخماسية .

علمنا أنه إن رأت المحكمة الاستئنافية أثناء نظرها في الدعوى المستأنفة أمامها سواء أكانت قد استؤنفت من قبل أطرافها ، أو تم رفعها إليها من قبل المحكمة الابتدائية وجوباً ضرورة إصدار قرار خماسي بأن كان مدار المسألة الفقهية أو القانونية المبحوثة قد سبق وإن صدر بها أحكام استئنافية ، أو رأت العدول عن اتباع مبدأ تقرر سابقاً في مسألة معينة ، فتقوم المحكمة الاستئنافية الراغبة بإصدار القرار الخماسي بعقد هيئة مكونة من خمسة قضاة استئناف من أعضاء المحكمة الاستئنافية . ولتعدد محاكم الاستئناف الشرعية تظهر أمامنا الحالات التالية :

١ – إن الحاجة الطبيعية لإصدار القرار الاستئنافي هو وجود ثلاثة أعضاء في المحكمة الاستئنافية الواحدة ، ولقلة القضايا المستأنفة في إحدى المحاكم ، ومحدودية اختصاصها المكاني فلا تدعو الحاجة لوجود أكثر من ثلاثة أعضاء فيها ، فإن كان عدد أعضاء المحكمة الاستئنافية أقل من خمسة أعضاء ، فقد عالجت المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م هذه الحالة بأن يستكمل قاضي القضاة العدد المطلوب بانتداب من يراه مناسباً ، لكن هل يفهم من نص المادة حين قالت : "تنعقد المحكمة من خمسة قضاة ويكمل قاضي القضاة هيئة المحكمة عندئذ بطريق الانتداب" بأنه يحق لقاضي القضاة أن ينتدب نفسه بأن يكون هو ذاته أحد أعضاء الهيئة الخماسية أم أن الانتداب يكون لقاض آخر ، والمتمعن بمهام وصلاحيات قاضي القضاة[1] يرى أن مهام قاضي القضاة هي

---

(١) –. تستقرأ مهام وصلاحيات قاضي القضاة بالإضافة لحالتنا هذه ما يلي :
١ – تولي قاضي القضاة إدارة دائرة قاضي القضاة ويمارس صلاحيات الوزير في إدارة الشؤون المتعلقة بها . انظر الظاهر ، راتب (٢٠٠٨) ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، الطبعة الأولى ، الإصدار الأول

مهام إشرافية تنظيمية إدارية ، لا تدخل ضمن عملية إصدار الأحكام ، وفصل الخصومات وقطع النزاعات بين المتقاضين . فيكون المراد من هذه المادة بأن يكون الانتداب عن طريق قاضي القضاة باختياره القاضي الذي يراه مناسبا ، سواء أكان من قضاة المحاكم الاستئنافية الأخرى ، أو أي قاض من قضاة المحاكم الابتدائية الأخرى في ذات منطقة المحكمة

، المادة ٣ من نظام تنظيم وإدارة دائرة قاضي القضاة رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ م ، ص ١٩ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . ٢ – رفع قرارات المجلس القضائي لاستصدار الإرادة الملكية السامية بشأنها . كما في المادة ٦ من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩ لسنة ١٩٧٢م . ٣ – إعطاء قاضي بلدة معينة الموافقة والرخصة له في ظروف استثنائية في إقامة قاضي البلدة في بلد قريب من مقر عمله ، إذ نصت الفقرة ج من المادة ٨ من نفس القانون السابق على أنه على القاضي أن يقيم في البلد الذي فيه مقر عمله وأن لا يتغيب عنه . ٤ – انتداب أحد القضاة حال الضرورة للعمل في محكمة من نفس الدرجة التي يعمل بها أو أعلى من المحكمة الملحق بها بتفصيلات معينة . كما في المادة ١٠ من نفس القانون . ٥ – دعوة المجلس القضائي للانعقاد . كما جاء في المادة ١٥ من القانون المذكور . ٦ – النظر في طلب القضاة استقالتهم وشرح ملاحظاته على الطلب ، ثم إحالة طلب الاستقالة للمجلس القضائي . كما في الفقرتين أ و ب من نفس القانون . ٧ – الإشراف على جميع المحاكم الشرعية وقضاتها ، ومراقبة المحاكم الشرعية بمساعدة مدير المحاكم الشرعية له والتفتيش على المحاكم الشرعية بمعاونة مفتش المحاكم الشرعية له أيضا . كما في الفقرات أ و ب و ج من القانون ذاته . ٨ – انتداب أحد القضاة لقيامه بالتفتيش على المحاكم الشرعية ، كما في الفقرة ج من المادة ١٨ من نفس القانون . ٩ – التنبيه على القضاة المخالفين لواجباتهم أو مقتضيات وظيفتهم سواء بالتنبيه مشافهة أو عن طريق الكتابة . انظر المادة ٢٣ من القانون المذكور . ١٠ – الطلب من المجلس القضائي كف يد القاضي الذي وقعت منه جريمة أو يتم التحقيق معه بالطلب كف يده عن مباشرة أعمال الوظيفة . ١١ – تعين لجنة خاصة لإتلاف الأوراق والقضايا والدفاتر المستعملة في دوائر الشرعية والتي يرى أنه لا فائدة ترجى من بقائها تجنبا لتراكمها في المستودعات . كما في المادة ٢ من نظام إتلاف الأوراق المستعملة في دوائر الشرعية رقم ٢ لسنة ١٩٥٣ م . ١٢ – إحالة طلب القاضي الذي يطلب تنحيته عن نظر الدعوى التي أمامه إلى محكمة الاستئناف الشرعية . كما في المادة ١٢٩ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩ م . ١٣– إصدار تعليمات تنظم زواج من أكمل خمس عشرة سنة شمسية إن كان بزواجه مصلحة . كما في المادة ١٠ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ م . ١٤ – إصدار تعليمات يتم من خلالها تعين مأذوني عقود الزواج وتنظيم أعمالهم كما في المادة ٣٦ من نفس القانون السابق ذكره . ١٥ – إصدار تعليمات لتنظيم وتسجيل حجج التخارج على أن تتضمن المدة الواجب انقضاؤها بين وفاة المورث وإجراء التخارج الخاص أو العام أو تركه . كما في المادة ٣١٩ من القانون السابق . ١٦ – منح المحامين الشرعين إجازة تعاطي هذه المهنة . كما جاء في المادة ٣ من قانون المحامين الشرعيين رقم ١٢ لسنة ١٩٥٢ م . ١٧ – تعيين اللجنة المركزية للمحاماة الشرعية برئاسة رئيس محكمة الاستئناف الشرعية وعضوية قاض لا تقل مدة ممارسته للقضاء الشرعي عن خمس سنوات وأحد المحامين الشرعيين لا تقل مدة امتهانه هذه المهنة عن عشر سنوات ، ويحدد المدة التي يراها مناسبة لهم ، مع صرف مكافائتهم . انظر الفقرة أ و ه من المادة ٧ من القانون السابق ذكره . ١٨ – التحقيق في الشكاوى المقدمة بمحام ما وإحالة الشكوى للمجلس التأديبي ــ الذي يقوم بتأليفه ــ أو يأمر بحفظها حسبما يظهر له بالتحقيق . كما في الفقرتين ١ و ٢ من المادة ١٥ من نفس القانون السابق . ١٩ – وضع وتعديل تعليمات تنظم ما يتعلق بالمحامين الشرعيين . كما في المادة ٢٢ من القانون ذاته . ٢٠ – إنشاء مجلس للأيتام للإشراف على أذونات أموال الأيتام والإنفاق على القاصرين وعمارة عقاراتهم ومحاسبة الأوصياء . ٢١– الموافقة على تقسيم التركة الخالية من الديون بطلب الورثة ووافق على ذلك الولي أو الوصي وثبت وجود مصلحة للقصر . انظر المادة ٢٥ من نظام التركات رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٨ م . ٢٢ – الموافقة على امتداد تصفية التركة أكثر من ستة أشهر حال الضرورة . كما في المادة ٢٦ من النظام السابق . ٢٣ – الموافقة على المكافأة التي تقدرها المحكمة للموظفين الذين يعملوا على ضبط التركة خارج أوقات الدوام الرسمي . ٢٤ – الموافقة على تصرف الولي أو الوصي في مال القصر عند وجود المصلحة في ذلك . ٢٥ – تنفيذ قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩ م . وقانون المحامين الشرعين رقم ١٢ لسنة ١٩٥٩ م . وقانون الأيتام رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٣ م . وقانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩ لسنة ١٩٧٢م .

الاستئنافية أو خارجها . ويرى الباحث أنه من الأفضل أن تعاد صياغة هذه المادة لتصبح بأن ينتدب قاضي القضاة أحد القضاة لاستكمال عدد الهيئة الخماسية .

٢ – أن يكون عدد أعضاء المحكمة الاستئنافية خمسة أعضاء فقط ، وفي هذه الحالة يجتمع أعضاء المحكمة الخمسة ، ويتباحثون فيما بينهم ويصدرون قرارهم الخماسي .

٣ – أن يكون أعضاء المحكمة الاستئنافية أكثر من خمسة ، فتتعدد الهيئات الاستئنافية فيها ، لضخامة القضايا المستأنفة ، وتوسع اختصاص المحكمة المكاني . فالحاصل في هذه الحالة أن آلية تشكيل الهيئة الاستئنافية الخماسية هي مسألة إدارية تنظيمية بحتة ، فلا يوجد لدى المحكمة الاستئنافية متعددة الهيئات نظام أو تعليمات داخلية توضح كيفية انعقاد هيئتها الخماسية ، بل يتم رفع الأمر لرئيس المحكمة الاستئنافية ، والذي بدوره يقوم باختيار من يراه مناسبا من أعضاء محكمته .

ومما يجدر ذكره بهذا الصدد أن القرار الخماسي يأتي مكوناً من خمسة أعضاء ليكون عددا فرديا يمنع من تساوي آراء الأعضاء فيه ، فإن ذهب كل فريق إلى غير ما ذهب إليه الفريق الآخر فيكون أحدهم راجحاً والآخر مرجوحاً ، فلا حرج إذن من مخالفة عضو أو اثنين لرأي أغلبية أعضاء الهيئة ، كما جاء في القرار الاستئنافي الخماسي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٤٤٩٣٦[١] . حيث إنه لو وجد مخالف أو اثنان لرأي باقي الأعضاء ، فإن القرار يصدر برأي أغلبية أعضاء الهيئة .

فإنه من الأفضل أن يكون لدى المحكمة الاستئنافية نظام وتعليمات داخلية تنظم كيفية انعقاد الهيئة الخماسية وتشكيلها ، نظرا لأهمية القرار وما يحوزه من اهتمام .

المطلب الثاني : شروط أعضاء قضاة الهيئة الخماسية .

عند الحديث عن شروط أعضاء الهيئة الخماسية نعيد ما تم ذكره في معرض الحديث عن تشكيل الهيئة الاستئنافية في المطلب السابق ، من عدم وجود تعليمات داخلية لدى المحاكم الاستئنافية تضع شروطا معينة لقاضي القرار الخماسي ، وأن هذا الأمر هو إداري محض .

---

(١) . انظر القرار رقم ٤٤٩٣٦ في المطلب الرابع من المبحث الثاني من الفصل الأول . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية ما بين ٤٤٠٤٢ وحتى ٤٦٢٦٨ .

وبما أن القانون لم يتطرق لهذه النقطة ، فما المانع من إضافة مادة في قانون تشكيل المحاكم الشرعية تنص على اجتماع رؤساء المحاكم الاستئنافية الأربعة مع انضمام عضو المحاكم الاستئنافية الأقدم مثلا ، ليصير خامسهم ، ويكون المكمل لعدد الهيئة الخماسية ، ويقومون بإصدار قرار خماسي يوحد قرارات المحاكم الاستئنافية الحالية لحين إنشاء محكمة التمييز أو العليا الشرعية .

وكذلك مع تعدد أعضاء محاكم الاستئناف وهم على قدر من العلم والفقه والدراية . لم لا يتم استصدار نظام يبين الشروط التي تجب في أعضاء القرار الخماسي كالأخذ بمن هم أكثر فقها وعلما في ذات الموضوع والمسألة المطلوب البحث فيها مثلاً ، أو من زادت مدة خدمته قاضيا لدى المحاكم الاستئنافية عن عدد سنوات معين . فيكون الأمر منضبطا وتكون الأسس واضحة معروفة مما يؤدي لحصول التنافس العلمي بين أعضاء المحكمة الاستئنافية الواحدة في كتابة البحوث القضائية والفقهية وإثراء المكتبة القضائية بها . وليكونوا نواة للمحكمة العليا الشرعية التي تدعو الحاجة إليها ، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على مصلحة القضاء الشرعي .

الفصــل الأول

الفصل الأول : القرارات الخماسية في موضوعات الأحوال الشخصية ، والتنفيذ .

وفيه خمسة مباحث :

- **المبحث الأول : الشروط في عقد الزواج ، والمهر .**

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في تطليق الزوجة لنفسها بموجب شرط العصــمة الــذي بيدها ، القرار رقم (٦٠٨٨٠) .

المطلب الثاني : في مطالبة التركة بمهر الزوجة المؤجل ، القــرار رقــم (١٦٩٦٩) .

- **المبحث الثاني : زيادة نفقة الزوجة ، والنشوز .**

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في زيادة نفقة الزوجة ، القرار رقم (٢٠٧٢٦) .

المطلبين الثاني : النشوز .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : القرار رقم (٢٢٤٩٥) .

الفرع الثاني : القرار رقم (٣٠٣٨١) .

- **المبحث الثالث : التطليق للحبس ، وحبس المدين .**

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في التطليق للحبس ، القرار رقم (٦٥١٨٠) .

المطلب الثاني : في حبس المدين ، القرار التنفيذي رقم (٦٦٢) .

- **المبحث الرابع : المشاهدة ، وأجرة المسكن .**

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في المشاهدة ، القرار رقم (٤٤٩٣١) .

المطلب الثاني : في أجرة المسكن .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : القرار رقم (١٨٩٠٤) .

الفرع الثاني : القرار رقم (٣٥٩٢٥) .

- **المبحث الخامس : في الحجر ، والوقف .**

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في الحجر ، القرار رقم (٢٠٨٥٣) .

المطلب الثاني : في الوقف ، القرار رقم (١٤٧٢٦) .

- **المبحث الأول : الشروط في عقد الزواج ، والمهر .**

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في تطليق الزوجة لنفسها بموجب شرط العصمة الذي بيدها ، القرار رقم (٦٠٨٨٠) .

المطلب الثاني : في مطالبة التركة بمهر الزوجة المؤجل ، القرار رقم (١٦٩٦٩) .

المطلب الأول : في تطليق الزوجة لنفسها بموجب شرط العصمة الذي بيـــدها ، القرار رقم (٦٠٨٨٠)[١] .

جاء في كتاب التعريفات للجرجاني[٢] بأن الشرط : هو تعليق شيء بشـــيء ، بحيـــث إذا وجد الأول وجد الثاني . كما جاء فيه أنه : ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ويكون خارجاً عن ماهيته ، ولا يكون مؤثرًا في وجوده[٣] .

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية إلى ما ذهب إليه الحنابلة في قولهم بصحة الشروط في عقد الزواج إذا كانت هذه الشروط لا تنافي مقتضى العقد ، ولا تخل بمقصوده الأصلي ، ولا تنافي ما جاء به الشرع ، فيرى الحنابلة وجوب الوفاء بهذه الشروط . وإن لــم يــتم الوفـــاء بالشرط كان لصاحب الشرط أن يطلب فسخ العقد للإخلال بالشرط[٤] .

وقد صدر هذا القرار الخماسي عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ٢٠٠٤/٩/١٣م ، بعد أن قامت المحكمة الابتدائية برفع هذه الدعوى التي بموجبهـــا صـــدر هـــذا القـــرار ، وموضوعها طلب تطليق الزوجة لنفسها بتنفيذ شرط العصمة باليد ، عملا بنص المـــادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لســـنة ١٩٥٩م[٥] ، ولكـــون هـــذه المحكمة الاستئنافية لم تكن على رأي واحد في موضوع التطليق بسبب استخدام الزوجة لحقها في شرطها أن تكون العصمة بيدها ، والمنصوص عليه بعقد زواجها من زوجها المدعى عليه ، ولصدور قرارات سابقة يخالف بعضها البعض ، فقد صدر هذا القرار ليبين وجهـــة نظـــر المحكمة الاستئنافية في هذه المسألة ، حيث إنه شق نهجاً جديداً لجميع القرارات الصادرة في

---

(١) . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية ما بين ٦٠٨٠١ وحتى ٦١٠٠٠ .

(٢) . هو علي بن محمد بن علي ، المعروف بالشريف الجرجاني . فيلسوف ، عالم ، حكيم ، مشارك في أنواع من العلوم . من كبار العلماء بالعربية . درس في شيراز . ولما دخلها تيمور سنة ٧٨٩هـ فرّ منها إلى سمرقند . ثم عاد إلى شيراز بعد موت تيمور ، فأقام إلى أن توفي سنة ٨٣٨ هـ . له نحو خمسين مصنفا ، منها التعريفات ، وشرح مواقف الايجي ، ومقاليد العلوم ، وشرح السراجية ، وهو في الفرائض ، والكبرى والصغرى في المنطق . انظر : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٧ ، ٨ . وانظر أيضا : كحالة ، **معجم المؤلفين** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ٢١١٦ .

(٣) . الجرجاني ، علي بن محمد (١٣٠٦هـ) ، **التعريفات** ، الطبعة الأولى ، باب القاف ، ص ٥٥ ، المطبعة الخيرية ، القاهرة ــ مصر .

(٤) . الرحيباني ، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي (١٤١٥هـ/١٩٩٤م) ، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** ، الطبعة الثانية ، ج ٥ ، ص ١٢١ ، دار المكتب الإسلامي ، بلا مكان نشر . وانظر أيضا : ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) ، **الكافي** ، الطبعة الأولى ، ج ٣ ، ص ٤٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

(٥) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

نفس الموضوع ، وأوضح معالم الطريق لتكون ممهدة واضحة تسير عليها المحاكم الابتدائية على النحو الذي أوجده .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكمها الغيابي بفسخ عقد زواج المتداعيين بسبب الشرط الوارد في قسيمة عقد زواجهما ، والذي كان نصه "اشترطت الزوجة على الزوج أن تكون العصمة بيدها ، فقبل وكيل الزوج بذلك" . كما وحكمت بأن للمدعية الحق بالمطالبة بكامل حقوقها الزوجية ، وبأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخ الحكم .

- مضمون القرار الخماسي .

بمراجعة هذه المحكمة الاستئنافية لما ورد عنها من قرارات في نفس هذا الموضوع فقد ظهرت لها القرارات الاستئنافية الآتية :

- صدر عن هذه المحكمة الاستئنافية القرارات ذات الأرقام التالية : (١٦٧٠١)[١] ، و(١٧٤٨٤)[٢] ، و(٢٨٠٩٥)[٣] ، و(٤٥٤٠٤)[٤] ، والتي تضمنت أنه إذا كان شرط العصمة المدون في قسيمة عقد الزواج شرطا مطلقا غير مقيد بزمن ، وغير مقترن بعبارة تفيد التعميم ، فإنه للزوجة في مثل هذه الحالة أن تستعمل هذا الشرط إن رغبت ، فتطلق نفسها بعبارتها في مجلس العقد ما دام منعقدا . ويكون الطلاق الحاصل بهذا الاستعمال لهذا الشرط طلاقاً بائناً قبل الدخول إذا بقي مجلس العقد منعقداً . أما إذا كان شرط العصمة هذا مقترناً بما يدل على التعميم أو كان مقيدا بزمن معين ، ورغبت الزوجة في استعماله بعد انعقاد مجلس العقد وبعد الدخول بها . فلها أن تطلق نفسها بعبارتها ، ويكون الطلاق رجعياً . ويحق لها أيضا أن تطلب فسخ عقدها من زوجها المدعى عليه بعد انقضاء مجلس العقد مستخدمة شرطها هذا .

---

(١) . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية ما بين ١٦٥١١ وحتى ١٦٩٠٠ ، السجل رقم ٢٨ .

(٢) . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية ما بين ١٧٣٦٤ وحتى ١٧٥٩٦ ، السجل رقم ٣١ .

(٣) . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية ما بين ٢٨٠٤٧ وحتى ٢٨٤٣٤ ، السجل رقم ٨٢ .

(٤) . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية ما بين ٤٤٠٤٢ وحتى ٤٦٢٦٨ .

- بينما ظهر في القرارين الاستئنافيين الصادرين عنهـا بـرقم (٥٤٣٤٨)[١] ، ورقـم (٥٥٣٢٩)[٢] ، وغيرهما ، أنه إذا كان شرط العصمة أو تفويض الطلاق المدون فـي قسيمة عقد الزواج كان شرطاً مطلقا غير مقيد بزمن ولا بعبارة تفيد التعميم ، لكنـه كان مقروناً بموافقة الزوج عليه في مجلس العقد ، فإنه ليس للزوجة في هذه الحالة أن تطلب فسخ عقد زواجها بعد انقضاء المجلس ، على اعتبار أن موافقة الزوج على هذا الشرط في مجلس العقد يعتبر وفاء منه بهذا الشرط . وبذلك فيكون عدم وفاء الـزوج به والذي يكون موقوفاً على إجابة المحكمة للزوجة طلبها فسخ عقـد زواجهـا مـن المدعى عليه لهذا الشرط غير متحقق ، وإنما يكون لها استعمال هذا الشرط في مجلس عقد الزواج فقط .

وعليه فإنه يظهر الاختلاف في استقراء المحكمة الاستئنافية لهذا الشرط ، وتوحيداً لمنهجية العمل القضائي ، وبياناً للرأي الراجح الواجب اتباعه ، فقد انعقدت هيئة هذا القرار وباستعراضها للمادة التاسعة عشرة من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م ، وهي المادة التي بينت الاشتراط في عقد الزوج ووضحت الشروط الواجب توفرها حتى يكون الشرط صحيحا ، وضربت أمثلة على هذه الشروط ، كما وبينت الشروط الباطلة أو الفاسدة . حيث كان نص المادة على أنه : "اذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ، ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج ، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً ، وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته وفقا لما يلي :

١ – إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً ، ولا يمس حق الغير . كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها ، أو أن لا يتزوج عليها ، أو أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت ، أو أن يسكنها في بلد معين . كان الشرط صحيحاً وملزماً . فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة ، ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية .

٢ – إذا اشترط الزوج على زوجته شرطاً تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق الغير . كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت ، أو أن تسكن معه في البلد الذي

---

[١] . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية ما بين ٥٤٢٠٠ وحتى ٥٤٣٩٩ .

[٢] . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية ما بين ٥٥٢٠٠ وحتى ٥٥٣٩٩ .

يعمل هو فيه . كان الشرط صحيحاً وملزماً . فإن لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج وأعفي من مهرها المؤجل ، ومن نفقة عدتها .

٣ - أما إذا قُيّد العقد بشرط ينافي مقاصده ، أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه ، أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج ، أو أن يشرب الخمر ، أو أن يقاطع أحد والديه . كان الشرط باطلاً ، والعقد صحيحا"(١) .

ولبيان الراجح في هذه المسألة ، وبعد إمعان النظر في الشرط المنصوص عليه في قسيمة عقد الزواج ، وبعد التبصر فيه يتبين أن الشرط المذكور جاء مطلقاً غير مقيد بزمن ولا بعبارة تفيد التعميم ، كما أنه جاء مقروناً بموافقة وكيل الزوج عليه . وللوقوف على حقيقة المعنى الصحيح لهذا الشرط ، ومدى أثره وأثر تطبيقه والعمل به ، كان لابد من بيان المعنى لكل من : الشرط ، وتفويض الطلاق .

وقد جاء في كتاب غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر أن الشرط : هو ما جزم فيه بالأصل أي أصل الفعل وشُرِطَ فيه أمر آخر . وأضاف أنه التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة(٢) . وعرفه الجرجاني بأنه : ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته ولا يكون مؤثراً في وجوده(٣) .

- بالبحث والاطلاع فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. عرف أبو البقاء الكفوي(٤) في كتابه الكليات الشرط بأنه : ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ويكون خارجاً عن ماهيته ، ولا يكون مؤثرا في وجوده(٥) . أما تفويض الزوج لزوجته بطلاق نفسها وإيكال الأمر إليها ، فهو من قبيل التمليك . فتطليقها نفسها يتضمن القبول ،

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ .

(٢) . الحموي ، أبو العباس أحمد بن محمد مكي (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م) ، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر** ، الطبعة الأولى ، ج ٤ ، ص ٤١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـــ لبنان .

(٣) . الجرجاني ، **التعريفات** ، مصدر سابق ، ص ٥٥ .

(٤) . هو أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكوفي الحنفي . ولد في كفا بالقرم ، وتوفي وهو قاض بالقدس . انظر : كحالة ، **معجم المؤلفين** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٣١ . وفي أعلام الزركلي ورد أنه عاش وولي القضاء في تركيا ، والقدس ، وبغداد . وعاد إلى استانبول فتوفي بها سنة ١٠٤٩هـ ، ودفن في تربة خالد . وله كتب بالتركية . انظر : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٣٨ .

(٥) . الكفوي ، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية** ، مصدر سابق ، ص ٥٢٩ . حيث قال بأنه : ما يتوقف عليه الشيء فلا يكون داخلا فيه ولا مؤثرا . وعرفه أيضا القونوي بأنه الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ولا يدخل فيه . انظر : القونوي ، قاسم بن عبد الله بن أمير علي الرومي (١٤٢٤ هـ/ ٢٠٠٤م) ، **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء** ، بلا رقم طبعة ، ص ٢٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـــ لبنان .

ولا يجوز لها تأخيره[١] . إلا أن هذا لا يعني أن ملكية الزوج للطلاق انتقلت للزوجة وسلبت منه ، بحيث لم يعد هو مالكا له . بل إنه إشراك منه لها فيه . إلا أنه لا يقدر على الرجوع فيه[٢] ، لأنه يتم بالملك وحده بلا قبول ممن فوضه إليه ، ولأنه تعليق والتعليق من قبيل الأيمان ولا يجوز الرجوع في اليمين ، ويكون التفويض باليد .

فيصح أن تقول الزوجة في مجلس العقد لزوجها : زوجت نفسي منك على أن يكون أمري بيدي أطلق نفسي منك متى شئت . فيقول لها : وأنا قبلت . أو قولها له : زوجت نفسي منك على أن تكون عصمتي بيدي . فيقول لها : وأنا قبلت . فيكون الزواج صحيحاً ، ويكون أمرها بيدها .

إضافة لهذا فقد أجاز القانون للزوج أن يوكل غيره بالطلاق ، حيث نصت المادة ٨٧ من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م على : "للزوج أن يوكل غيره بالتطليق ، وأن يفوض الزوجة بتطليق نفسها على أن يكون ذلك بمستند خطي"[٣] .

٢. يصح تفويض الزوج لزوجته بالطلاق بعد العقد ، كأن يخيّرها بقوله : اختاري نفسك[٤] . أو أن يقول لها : أمرك بيدك[٥] . وكأن يقول لها أيضا : طلقي نفسك إن شئت[٦] ، فهذه كلها من ألفاظ التفويض بالطلاق[١] .

---

(١) . السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين (١٤١١هـ/١٩٩١م) ، **الأشباه والنظائر** ، الطبعة الأولى ، ج ١ ، ص ١٢٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : السرطاوي ، محمود علي (١٤٣١هـ/٢٠١٠م) ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، الطبعة الثالثة ، ص ٢٣٤ ، دار الفكر ، عمان ــ الأردن .

(٢) . ابن حسين المالكي ، محمد بن علي (بلا تاريخ طبعة) ، **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية** ، بلا رقم طعبة ، ج ٣ ، ص ٢٠٩ ، دار عالم الكتب ، الرياض ــ السعودية . وانظر أيضا : أبو زهرة ، محمد (بلا تاريخ طبعة) ، **الأحوال الشخصية** ، بلا رقم طبعة ، ص ٣٢٥ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ــ مصر . إلا أنه ورد في هذا المرجع مقدمة الطبعة الثالثة ، والمحررة بتاريخ ١٣/ صفر/١٣٧٧هـ وفق ٨/أغسطس/١٩٥٧ م .

(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١/١٢/١٩٧٦ م ، ص ٢٧٥٦ .

(٤) . ابن حسين المالكي ، **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ٢٠٩ . وانظر أيضا : المواق ، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري (١٤١٦ هـ/ ١٩٩٤م) ، **التاج والإكليل لمختصر خليل** ، الطبعة الأولى ، ج ٥ ، ص ٣٧٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل (١٤١٤هـ/١٩٩٣م) ، **المبسوط** ، بلا رقم طبعة ، ج ٦ ، ص ٢١٦ ، دار المعرفة ، بيروت ــ لبنان .

(٥) . الشلبي ، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس (١٣١٣هـ) ، **حاشية الشلبي** ، الطبعة الأولى ، ج ٢ ، ص ٢٢٤ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ــ مصر . وانظر أيضا : ابن حسين المالكي ، محمد بن علي (بلا تاريخ طبعة) ، **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية** ، بلا رقم طعبة ، ج ٣ ، ص ٢١٠ ، دار عالم الكتب ، الرياض ــ السعودية . وانظر أيضا : الخرشي ، **شرح مختصر خليل** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٧٠ .

(٦) . الزبيدي ، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي (١٣٢٢هـ) ، **الجوهرة النيرة** ، الطبعة الأولى ، ج ٢ ، ص ٤٧ ، المطبعة الخيرية ، مصر . وانظر أيضا : ابن مازة البخاري ، **المحيط البرهاني في الفقه**

وبناء عليه فإن ما اشترطته الزوجة على زوجها في عقد زواجها من أن تكون عصمتها بيدها تطلق نفسها متى شاءت ، وهو من ضمن الشروط التي ساقتهم المادة التاسعة عشرة المذكورة عند ضربها أمثلة للشروط الصحيحة ، فإن هذا الشرط من قبيل تفويض الأمر باليد . فالواقع أنه وإن أخذ شكل الشرط لاحتوائه إحدى أدوات الشرط ، إنما هو تفويض بالطلاق وتمليك للزوجة عصمة الطلاق ، وإن الموافقة عليه من الزوج لا يكون وفاء منه ، وإنما يكون شرطا لوجوده ، وشرطا لصحة تمليكه للزوجة .

وعليه فإن استعمال هذا التفويض بالعقد أو بعد انقضائه أي أكان هذا الاستعمال قبل الدخول أم بعده ، فإنما يقع به طلقة بائنة وليس طلقة رجعية . ذلك أن التفويض إنما يكون بالطلاق البائن ، إذ إن الزوجة تكون مالكة أمرها بالطلاق البائن ، وهو ما لا يكون بتمليكها التفويض بالطلاق الرجعي(٢) .

٣. جاء في تبيين الحقائق لو قال الزوج لزوجته : أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاختارت نفسها طلقت طلقة رجعية ، لأنه جعل إليها الاختيار لكنه بتطليقة ، وهي معقبة للرجعة فإن قيل قوله : أمرك بيدك أو اختاري . يفيد البينونة فلا يجوز صرفها عنها إلى غيرها(٣) .

٤. قال الكمال بن الهمام(٤) إن التفويض بمثل هذه الألفاظ (السابقة) تنبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة . وإلا لم تحصل فائدة التخيير إذا كان له أن

النعماني ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٢٦٤ . الخرشي ، أبو عبد الله محمد بن عبد الله (بلا تاريخ طبعة) ، **شرح مختصر خليل** ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ٧٠ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان .

(١) . السمرقندي ، أبو بكر علاء الدين أحمد بن محمد (١٤١٤هــ/١٩٩٤م) ، **تحفة الفقهاء** ، الطبعة الثانية ، ج ٢ ، ص ١٨٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

(٢) . الحصكفي ، علاء الدين محمد بن علي (١٤١٢هــ/١٩٩٢م) ، **الدر المختار** ، الطبعة الثانية ، ج ٣ ، ص ٢٧٨ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (بلا تاريخ طبعة) ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، الطبعة الثانية ، ج ٣ ، ص ٣١٤ ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، مصر . وانظر أيضا : الشلبي ، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس (١٣١٣هــ) ، **حاشية الشلبي** ، الطبعة الأولى ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ــ مصر . وانظر أيضا : ابن مازة البخاري ، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر (١٤٢٤ هــ/٢٠٠٤م) ، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني** ، الطبعة الأولى ، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي ، ج ٣ ، ص ٢٨٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : البابرتي ، محمد بن محمد بن محمود (بلا تاريخ طبعة) ، **العناية شرح الهداية** ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ٨٩ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان .

(٣) . الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي (١٣١٣هــ) ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، الطبعة الأولى ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ، مصر .

(٤) . هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ثم الاسكندري ، المعروف بابن الهمام . إمام من علماء الحنفية . عارف بأصول الديانات ، والتفسير ، والفرائض ، والفقه ، والحساب ، واللغة ، والموسيقى ، والمنطق . أصله من سيواس . ولد بالاسكندرية ، ونبغ في القاهرة . وأقام بحلب مدة من الزمن وجاور بالحرمين . ثم كان شيخ الشيوخ بالخانقاه الشيخونية بمصر . وكان معظما عند الملوك

يراجعها شاءت أو أبت(١) . وأضاف لو قال زوج لزوجته : اختاري . ينوي بذلك الطلاق ، يعني ينوي تخييرها فيه . أو قال لها : طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ، ويكون أمرها بيدها في مجلس العقد وفي غيره(٢) ، ناسبا هذا القول أيضا لجماعة من التابعين . ومستدلين بقول النبي الكريم صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها : "يا عائشة إنى مخبرك خبرا فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك"(٣) . عند تخيير زوجاته كما جاء في سورة الأحزاب(٤) .

وجاء في شرح القاعدة الشرعية "العادة محكمة" أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة ، حتى جعلوا ذلك أصلا . فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة(٥) .

٥. إن التفويض بموجب الشرط في مجلس العقد ، حتى لو كان مطلقاً ، فإنه لا يتقيد بانعقاد المجلس وحسب ، بل للزوجة أن تطلق نفسها متى شاءت بهذا الشرط . وإن القول بغير هذا غير متصور ، ذلك أنه من المستبعد أن تقصد ذلك الزوجة بهذا الشرط ، وأن يكون قصد الزوج تفويضها بالطلاق في مجلس العقد حصراً وأن لا يتعداه إلى ما بعده . فالظاهر من العرف والعادة أن المراد من هذا الشرط أو هذا التفويض أن تملك الزوجة

وأرباب الدولة . توفي بالقاهرة عام ٨٦١ هـ . من كتبه : فتح القدير في شرح الهداية ، والتحرير في أصول الفقه ، وزاد الفقير ، والمسايرة في العقائد المنجية في الآخرة . انظر : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٥٥ . وانظر أيضا : كحالة ، **معجم المؤلفين** ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ .

(١) . ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (بلا تاريخ طبعة) ، **فتح القدير** ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ٧٩ ، دار الفكر ، بيروت ـ لبنان .

(٢) . ابن الهمام ، **فتح القدير** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٧٦ .

(٣) . البيهقي ، **السنن الكبرى** ، مصدر سابق ، باب ما وجب عليه من تخيير النساء ، رقم الحديث ١٣٦٤٦ ، ج ٧ ، ص ٣٦ . وفي رواية : "إني ذاكر لك أمرا فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك" . انظر : الهراني ، أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن اسحق بن موسى الأصبهاني (١٤١٧هـ/١٩٩٦م) ، **المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم** ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي ، الطبعة الأولى ، ج ٤ ، ص ١٥٦ ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان . وهي نفس الرواية التي ذكرها محمد فؤاد عبد الباقي . انظر : عبد الباقي ، محمد بن فؤاد بن صالح بن محمد (١٤٠٧هـ/١٩٨٦م) ، **اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ١١٤ ، دار الحديث ، القاهرة ـ مصر .

(٤) . ((يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٢٨﴾ وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلدَّارَ ٱلْءَاخِرَةَ فَإِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَٰتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا)) . (الأحزاب : ٢٨ ، ٢٩) .

(٥) . ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (١٤١٩ هـ/١٩٩٩م) ، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان** ، الطبعة الأولى ، ص ٧٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .

حق تطليق نفسها متى شاءت ، إذ إن ذلك هو مرادها ، وقرينة الحال تؤيده . فهي لم تتزوج لتطلق نفسها في الحال ، بل لتملك ذلك الحق في المآل[١] .

لكل ما تقدم ذكره فقد تقرر العدول عن المنهج الذي كان قد أوجدته القرارات ذوات الأرقام : (١٦٧٠١) ، و(١٧٤٨٤) ، و(٢٨٠٩٥) ، و(٤٥٤٠٤). وأيضاً ما جاء به القراران رقم (٥٤٣٤٨) ، ورقم (٥٥٣٢٩) . بشأن اشتراط الزوجة على زوجها في عقد زواجهما أن تكون العصمة بيدها أو أن يكون أمرها بيدها .

- ملخص القرار .

للزوجة الحق بتطليق نفسها بعبارتها بموجب الشرط المتضمن تفويض الزوج حق طلاق زوجته عند العقد عليها إن تضمنته صيغة العقد ، أو بموجب سند خطي ، ويكون الطلاق الواقع طلاقاً بائناً في مجلس العقد وبعده ، أي قبل الدخول وبعده ، وسواء كان التفويض مطلقاً أو مقترناً بما يدل على التعميم . ما لم يكن مقيدا في صيغته بزمن معين فتتقيد به ، وليس لها طلب فسخ العقد بموجب ذلك . أما إذا كان التفويض مقيداً بطلقة رجعية ولا يخالف هذا المبدأ لما ورد في المادة الرابعة والتسعين من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م ، والتي تنص على إن : "كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال ، والطلاق الذي نص على أنه بائن في هذا القانون"[٢] . ذلك إن هذا القانون لم يتضمن أحكام تفويض الطلاق بمقتضى شرط العصمة أو الأمر باليد . وعليه فيتم العمل بالمادة ١٨٣ من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م ، ونصها : "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة"[٣] . أما بالنسبة لباقي الشروط الصحيحة التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ، فينطبق عليها أحكام نص المادة التاسعة عشرة من قانون الأحوال الشخصية ، والتي تم ذكرها في هذا المبحث .

بناء عليه وحيث إن ما حكمت به المحكمة الابتدائية في هذه الدعوى كان مغايراً لما قرره هذا القرار وأوجده ، فقد تقرر فسخ حكم المحكمة الابتدائية ، وإعادة الدعوى لمصدرها لإجراء الإيجاب .

---

(١) . أبو زهرة ، **الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص ٣٢٧ ، ٣٢٨ .
(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ .
(٣) . المرجع السابق .

المبحث الثاني : في مطالبة التركة بمهر الزوجة المؤجل ، القرار رقم (١٦٩٦٩)[١].

التركة : هي ما تركه الميت خالياً عن تعلق حق الغير بعينه[٢] . فيتعلق بالتركة حقوق يجب تأديتها قبل تقسيم التركة وتوزيعها بين مستحقيها ، وذلك من تجهيز للتركة ، ثم قضاء الديون التي عليها ، وتنفيذ ما وصى به الميت[٣]. وإن من الديون التي قد تترتب في تركة الميت المهر المؤجل لزوجة المتوفى .

والمهر : هو المال الذي يجب بعقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع ، إما بالتسمية أو بالعقد[٤] .

وقد صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٧٢/٢/٢٣م ، بعد أن رفعت المحكمة الابتدائية دعوى المطالبة بمهر المدعية المؤجل على تركة زوجها المرحوم باعتباره دينا لها فيها ، إلى هذه المحكمة الاستئنافية لتقوم بتدقيقها ، وذلك عملا بالمادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، والتي سبق ذكرها . علما أن هيئة هذا القرار اشتملت على قاض منتدب ، تم انتدابه عضو استئناف في هيئة هذا القرار .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكما وجاهيا للمدعية في دعوى المطالبة بدين على تركة "مهر مؤجل" بمبلغ ثلاثمائة دينار أردني على تركة زوجها المرحوم . مقيمة أسباب ثبوت الدعوى لها على التصادق ، والبينة الخطية الرسمية المبرزة والمقنعة ، والتي تتمثل في قسيمة عقد زواج المدعية من المدعى عليه ، وعلى حلفها يمين الاستظهار الشرعية[٥] .

---

(١) . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية ما بين ١٦٩٠١ وحتى ١٧١٤٤ ، السجل رقم ٢٩ .

(٢) . الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٢٩ .

(٣) . الرملي ، محمد بن أحمد (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م) ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، عنونت هذه الطبعة بالطبعة الأخيرة ولم يذكر لها رقم ، ج ٤ ، ص ٣٠٧ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : القليوبي ، أحمد سلامة وعميرة ، أحمد البرلسي (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) ، **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المنهاج** ، بلا رقم طبعة ، ج ٣ ، ص ١٣٦ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : براج ، جمعة محمد محمد (١٩٩٩م/١٤٢٠هـ) ، **أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية** ، بلا رقم طبعة ، ص ٩١ ، ٩٢ ، دار يافا ، عمان ــ الأردن .

(٤) . البابرتي ، محمد بن محمد بن محمود (بلا تاريخ طبعة) ، **العناية شرح الهداية** ، بلا رقم طبعة ، ج ٣ ، ص ٣١٦ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان .

(٥) . صيغة يمين الاستظهار هي : "والله العظيم أنني لم استوف مبلغ "مع ذكر المبلغ المطالب به" من المرحوم "ويذكر اسم المرحوم المتعلق بذمته الدين المطالب به" وهو الحق المدعى به ، أو أي مقدار منه ، قليلا أو كثيرا بنفسي أو بواسطة غيري بطريق الوكالة أو بطريق الأمر بالاستيفاء من المرحوم "ويذكر اسم المرحوم المتعلق بذمته الدين المطالب به" ولا أبرأته من كل ذلك أو من بعضه ، ولم أحله به على أحد ، ولا قبلت حوالة على غيره من كل الدين أو بعضه ، ولا أوفي لي كله أو بعضه من طرف أحد ، وليس للمرحوم

- مضمون القرار الخماسي .

بنظر المحكمة الاستئنافية في الدعوى المستأنفة ، ظهر لها أنها كانت قد أعادتها للمحكمة الابتدائية ، وذلك بعدما تبين أن أحد الورثة كان قاصراً ، ولم يتم تبليغ من يمثله كونه لم يتمثل عنه من يمثله في الدعوى . وبعد أن قامت المحكمة الابتدائية بذلك عادت ورفعت هذه الدعوى لتدقيقها استئنافا كونها من الدعاوى التي تخضع لتدقيق الاستئناف ، لأنها حكمت على تركة المتوفى ، والتي يرث فيها قاصر لم يتجاوز الثامنة عشرة سنة من عمره .

وبعد البحث وإمعان النظر بالقرارات السابقة الصادرة في هذا الموضوع تبين أنه كان توجه هذه المحكمة الاستئنافية إلى أنه إذا أقيمت دعوى مطالبة بدين على تركة المتوفى ، وكان من ضمن المدعى عليهم في هذه التركة ورثة قاصرون فيصار عندئذ إلى إدخال من يمثل هذا القاصر كشخص ثالث في الدعوى[١] بصفته مدعى عليه ليصبح مدعى عليه آخر ، بالإضافة للمدعى عليه الأول المقامة عليه الدعوى . معتمدة في توجهها هذا على ما جاءت به المادة الواحدة والتسعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م ، ونصها : "يجوز لمن له علاقة في الدعوى المقامة بين الطرفين ويتأثر من نتيجة الحكم فيها أن يطلب إدخاله شخصاً ثالثاً في الدعوى . وبعد أن تتحقق المحكمة من علاقته تقرر قبوله . كما يجوز للمحكمة إدخال أي شخص آخر ترى أن إدخاله ضروري لتحقيق العدالة"[٢] . وبناء عليه كانت ترى أن الحكم في الدعوى بالدين على التركة مع عدم تمثل من يمثل القاصر في الدعوى يكون حكماً غير صحيح وحري فسخه .

ولِما رأته هذه المحكمة الاستئنافية من العدول عن هذا الاجتهاد المتبع ، فقد قررت أن تعدل عنه بقرارها الخماسي هذا ، حيث إنه بعد تشكل أعضاء هيئة هذا القرار وانعقادهم ،

"ويذكر اسم المرحوم المتعلق بذمته الدين المطالب به" في مقابل هذا الحق أو بعضه رهن عليّ . والله على ما أقول شهيد" . وهذه اليمين نصت عليها المادة ١٧٤٦ من مجلة الأحكام العدلية . انظر : لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٣٦٧ .

(١) . علق الدكتور أبو البصل في حديثه عن الشخص الثالث بأنه في الأصل ليس من الخصوم في الدعوى ولا من أطرافها . وإنما هو شخص يتأثر من نتيجة الحكم في دعوى مقامه بين طرفين . انظر : أبو البصل ، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، مصدر سابق ، ص ١٢٩ . في حين يستقرأ تعريفه من كتاب القاضي سليم المصري بأنه الشخص الغائب الذي يكون له شأن في الدعوى ، لكنه غير أشخاص طرفي الدعوى القائمة الحاضرين . أي من ليس بمدع ولا مدعى عليه في الدعوى الأصلية ولا ممثلا فيها بنائب عنه بأي صفة كان فهو شخص خارج عن الخصومة القائمة . حيث أطلق عليه اسم الغير في كتابه التدخل واختصام الغير . انظر : المصري ، سليم علي (٢٠٠٧م) ، **التدخل واختصام الغير بين أدب القضاء الاسلامي وقوانين أصول المحاكمات** ، بلا رقم طبعة ، ص ٢٩ ، ٣٠ ، مطابع الدستور ، عمان ـــ الأردن .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

وبعد بحثهم وتدقيقهم بهذا النهج المتبع رأوا أن المادة الواحدة والتسعين المذكورة قد نصت على منح الحق بإدخال الشخص الثالث .

- بالبحث والاطلاع فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. يظهر من كلمة "يجوز" الواردة في المادة بقولها : كما يجوز للمحكمة إدخال أي شخص آخر ترى أن إدخاله ضروري لتحقيق العدالة . النص على جواز إدخال أي شخص كمدعى عليه إن رأت ضرورة إدخاله لتحقيق العدالة . ولم تنص على ذلك بالإلزام والوجوب .

فكلمة "يجوز" تعني أنه : يسوغ ، ويصح ، ويحل(١) . أما كلمة "يجب" فمعناها : اقتضاء لزوم الشيء .

٢. لا معنى إذن للقول بأن الجواز بعد الثبوت وجوب ، إذ لا يحسن تسمية الوجوب جوازاً ، وتسمية الواجب جائزاً ، فالأحكام مضبوطة . كما أنه لا يتحقق خلاف في هذه المسألة ، لأن أحدا لا يقول أن حقيقة الجائز أو المباح هي ذاتها حقيقة الواجب(٢) . فكما يظهر فإن الجائز لا يفيد الأمر ، وإن المباح غير مأمور باتباعه على سبيل اللزوم(٣) .

٣. لو تم استعمال هذا الحق بإدخال من يمثل القاصر المدعى عليه في الدعوى كشخص ثالث فيها إضافة للمدعى عليه الأول فإن هذا الإجراء يكون مقبولاً وحسناً أيضاً ، لما يترتب عليه من الاحتياط في مراعاة مصلحة القاصر وتحقيق النفع له . إلا أنه لو لم يتم استعمال هذا الحق بإدخال من يمثل القاصر في الدعوى ليتمثل في الدعوى عنه ، ثم سارت المحكمة في الدعوى ، وقام المدعي بإثبات دعواه بالبينة الخطية الرسمية المبرزة والمقنعة ، وبحلفه يمين الاستظهار الشرعية المنصوص عليها في المادة ١٧٤٦ من مجلة الأحكام العدلية ، والتي سبق الإشارة إليها في هذا القرار . فإن الحكم يكون صحيحاً ، ولو لم يُمثّل القاصر في الدعوى وتثبت الدعوى بحضوره .

٤. يصح أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الميت ، والقضاء يتعدى إلى من تلقى الملك من المقضي له ، فلو استحق المبيع من المشتري بالبينة والقضاء كان قضاء عليه وعلى من

(١) . العسكري ، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران (بلا تاريخ طبعة) ، **الفروق اللغوية** ، بلا رقم طبعة ، ص ٢٢٦ ، دار العلم والثقافة ، القاهرة ــ مصر . وانظر أيضا : الكفوي ، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية** ، مصدر سابق ، ص ٩٨٦ .

(٢) . الزركشي ، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) ، **البحر المحيط** ، الطبعة الأولى ، ج ١ ، ص ٣٠٨ ، دار الكتبي ، الجيزة ــ مصر .

(٣) . الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (١٤١٣هـ/١٩٩٣م) ، **المستصفى** ، الطبعة الأولى ، ص ٥٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

تلقى الملك منه ، فلو برهن البائع بعده على الملك لم تقبل ، ولو استحقت عين من يد وارث بقضاء ببينة ذكرت أنه ورثها كان قضاء على سائر الورثة والميت[١] .

وهو ما نصت عليه المادة ١٦٤٢ من مجلة الأحكام العدلية بقولها : "... لو أراد أحد أن يدعي بدين على التركة فله أن يدعي في حضور واحد من الورثة فقط سواء كان موجوداً في يد ذلك الوارث مال من التركة أو لم يوجد فإذا ادعى هكذا ديناً في حضور واحد من الورثة وأقر به ذلك الوارث يؤمر بإعطاء ما أصاب حصته من ذلك الدين ولا يسري إقراره على باقي الورثة وإذا لم يقر وأثبت المدعي دعواه في حضور ذلك الوارث فقط فيحكم على جميع الورثة وإذا أراد المدعي أن يأخذ طلبه الذي حكم له به على الوجه المذكور من التركة فليس لباقي الورثة أن يقولوا للمدعي أثبت ذلك في حضورنا مرة ثانية ولكن لهم دفع دعوى المدعي" . فيقول العلامة حيدر في شرحها يصح أن يكون أحد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت ، كما يصح أيضاً أن يكون الوصي خصماً فيها أيضاً[٢] .

ويقول العلامة باز في شرحه للمجلة إنه يصح أن يكون الوصي على أحد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت أو له كما يصح ذلك للوارث[٣] . فجاء النص في هذه المادة على جواز اختصام الوصي عن الموصى عليه وتمثله في الدعوى وصحة ذلك ، ولم يتضمن الوجوب والإلزام عليه . وتحدث هذا القرار بأنه لا يوجد نص غير هذه المادة يتحدث عن إدخال غير طرف الدعوى فيها ، حتى يفهم منه لزوم إدخال ولي القاصر أو وصيه ليتمثل عن القاصر الموصى عليه أو المولى عليه .

٦. لا يوجد نص قانوني متبع لدى المحاكم الشرعية سوى ما تم ذكره . أما بالنسبة للنصوص الفقيهة فبعد البحث في ما بين سطور الكتب عثر الباحث على النص الآتي : إن الغرض من نصب القضاة إنصاف المظلومين من الظالمين ، وتوفير الحقوق على المستحقين ، والنظر لمن يتعذر نظره لنفسه كالصبيان والمجانين والمبذرين والغائبين ،

---

(١) . الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٠٢ . وانظر أيضا : السرخسي ، **المبسوط** ، مصدر سابق ، ج ١١ ، ص ٤٦ . وانظر أيضا : ابن قاضي سماونة ، **جامع الفصولين** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢٥ ، وأيضا ٣١ . وانظر أيضا : ابن مازة البخاري ، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ٣٦٥ . وانظر أيضا : المصري ، **التدخل واختصام الغير بين أدب القضاء الاسلامي وقوانين أصول المحاكمات** ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ . وانظر أيضا : ابن نجيم ، **الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان** ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ . وانظر أيضا : ابن الهمام ، **فتح القدير** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ٣٥١ .

(٢) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢١٨ .

(٣) . باز ، **شرح المجلة** ، مصدر سابق ، ص ٨١٠ .

فلذلك كان سلوك أقرب الطرق في القضاء واجباً على الفور ، لما فيه من إيصال الحقوق إلى المستحقين ، ودرء المفسدة عن الظالمين والمبطلين[١] .

٧. إن المطلع على واقع هذه الدعوى تحديداً لدى المحاكم الشرعية دعوى المطالبة بمهر المدعية المؤجل كدين على تركة المتوفى ، يعلم أنه في الغالب الأعم لا يتم إثارة الدفوع بعدم أحقية المدعية بما تطلبه بل يتم إقرار المدعى عليه الحاضر ومصادقته على دعوى المدعية ، ويتم الإثبات بالبينة الخطية لغياب باقي الورثة مع حلف المدعي يمين الاستظهار الشرعية ، ومن ثم تبليغ باقي الورثة ، وتبليغ ولي القاصر أو وصيه إن كان من ضمن الورثة قاصر أو أكثر . وبالتالي فإن الحق يكون متاحاً أمام المدعى عليهم غير الحاضرين في الدعوى والمتمثلين فيها لطعنهم بالحكم إن رغبوا ، وذلك بمختلف وسائل الطعن التي أوجدها القانون من اعتراض وإعادة للمحاكمة واستئناف للدعوى . فبالتالي لا يفوت حق المحكوم عليه الغائب إن أراد أن يطعن في الحكم وصحته ، بل يبقى قائماً له متاحاً أمامه إن رغب في استخدامه . وهذا ينسجم مع نص الإمام ابن عبد السلام السابق في إيصال الحقوق لأصحابها بأقصر الطرق ، واختصار أمد التقاضي بين الخصوم .

- ملخص القرار .

إن إقامة دعوى مطالبة بدين على ورثة لتركة متوفى ، وكان من ضمن المدعى عليهم في التركة ورثة قاصرون فلا يشترط إدخال من يمثل هذا القاصر كشخص ثالث مدعى عليه في الدعوى ليصبح مدعى عليه آخر ، بالإضافة للمدعى عليه الأول المقامة عليه الدعوى .

وبناء على ما تقدم ، وحيث إن حكم المحكمة الابتدائية جاء موافقاً لما رسمه هذا القرار ، ولموافقته للأصول فقد تقرر تصديقه .

---

(١) . ابن عبد السلام ، عز الدين عبد العزيز (١٤١٤هـ/١٩٩١م) ، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٤٣ ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ـ مصر .

- **المبحث الثاني : زيادة نفقة الزوجة ، والنشوز .**

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في زيادة نفقة الزوجة ، القرار رقم (٢٠٧٢٦) .

المطلب الثاني : النشوز .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : القرار رقم (٢٢٤٩٥) .

الفرع الثاني : القرار رقم (٣٠٣٨١) .

المطلب الأول : فـــي زيادة نفقة الزوجة ، القرار رقم (٢٠٧٢٦)[١] .

رتب الشارع حقوقا للزوجين كل واحد منهما على الآخر ، فأوجد حق النفقة للزوجـــة على زوجها ، والنفقة شرعاً : هي الطعام والكسوة والسكنى[٢]. وحيـــث إن النفقـــة تفـــرض بحسب الحال المادي للزوج وحيث أن الأحوال المادية عرضة للتغير والتبدل وجد الحق في طلب الزيادة على النفقة أو الإنقاص منها .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٧٩/٤/٢٨ ، بعد أن استأنف المدعى عليه حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعوى طلب زيادة نفقـــة زوجـــة ، ولكون القرارات السابقة الصادرة عن هذه المحكمة جاءت يخالف بعضها البعض فـــي نفـــس موضوع القرار ، ولبيان الرأي الفصل في هذا الموضوع فقد تشـــكل هـــذا القـــرار بهيئتـــه الخماسية .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية في دعوى طلب زيادة نفقة زوجة حكمها الوجاهي على الـــزوج المدعى عليه بأن يدفع لزوجته المدعية مبلغ ستة دنانير أردنية شهرياً زيادة على النفقة التـــي كان يدفعها لها والمفروضة عليه سابقاً ، بحيث تصبح نفقتها بعد الزيادة مبلغ إثني عشر ديناراً أردنياً ، وذلك اعتباراً من تاريخ تحقق زيادة النفقة وثبوتها ، والواقـــع فـــي ١٩٧٨/١٠/٨م .

---

(١) . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية ما بين ٢٠٦٧٦ وحتى ٢٠٧٩٤ ، السجل رقم ٤٦ .

(٢) . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٨٨ .

مسببة حكمها على الدعوى والطلب والبينتين الخطية الرسمية المبرزة والشخصية المستمعة المقنعة والإخبار .

- مضمون القرار الخماسي .

بعد رجوع هذه المحكمة الاستئنافية لما صدر عنها من قرارات في هذا الموضوع تبين لها ما يلي :

- إن القرار الاستئنافي الصادر عنها برقم (١٥٥٠٨)[١] قد انتهج مبدأ اعتماد إلزام المدعى عليه بدفع زيادة النفقة اعتبارا من تاريخ الحكم .
- بينما جاء في القرار الاستئنافي الصادر عن هذه المحكمة برقم (١٤٦٥٨)[٢] أنه قد انتهج مبدأ اعتماد إلزام المدعى عليه بالزيادة اعتباراً من تاريخ ثبوت موجب زيادة النفقة ، حيث أنه كان قد صدق الحكم المستأنف بتعديل الحكم الابتدائي الذي كان قد اعتبر إن تاريخ الزيادة يكون اعتباراً من تاريخ الحكم ، فعدله ليصبح من تاريخ ثبوت طلب الزيادة .

فكما يظهر من حصول الاختلاف فيما بين القرارات الاستئنافية في هذه المسألة ، ولبيان المبدأ المعتمد الواجب الاتباع والحذو حذوه ، فقد تشكلت هذه الهيئة الخماسية ، وببحثها في هذه المسألة بالاطلاع على قرارات محكمة الاستئناف الشرعية المصرية على سبيل الاستئناس ، تبين لها أن المحكمة المصرية لم تكن على مبدأ واحد أيضاً في هذا الشأن ، فتارة جعلت اعتبار الزيادة من تاريخ الطلب ، وتارة أخرى اعتبرتها من تاريخ الحكم .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. إن القضاء في النفقة ليس لتقرير للنفقة وإيجابها . وإنما هي حق مقرر شرعا واجب للزوجة المستحقة على زوجها بحسب حاله وقدرته .

- لا يظنن أحد من الزوجين أنه إن جعل مقدار النفقة أكثر من مقدرة المدعى عليه المالية الحقيقة أو أقل منها ، بتضليل الخبراء الذين تنتخبهم المحكمة لتقدير النفقة بعد عدم الاتفاق على مقدارها من قبلهما ، وذلك بالزعم والادعاء بالزيادة على مدى قدرة المدعى عليه المالية وتضخيم قدرته وملاءة جيبه ، أو الحط والإنقاص منها وإخفاء

---

(١) . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٥ .

(٢) . انظر السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٢ .

يسار المدعى عليه وممتلكاته أنهما فعلا أمراً مباحاً ، وإن ذلك من الحنكـة والـدهاء والبراعة والحذاقة ، بل ليعلم كل واحد منهما أنه في فعله هذا قد خالف أمر الله تعالى فيما أوجب في الآية الكريمة السابقة .

٢. إن طلب زيادة النفقة إنما هي جزء من النفقة ، وهي في الواقع طلب لإعادة تقديرها ، والنظر في مقدار ما فرض من مبلغ مقارنة مع دخل الزوج المدعى عليـه وحالـه ، وهو يندرج تحت طلب تقدير جديد للنفقة بزيادتها لتصبح متلائمة مع حـال المـدعى عليه وقدرته المادية ، وبالتالي فتتْبَع للمادة التي تبين تاريخ اعتبار النفقة ، وبمـا أن طلب زيادة النفقة هي جزء من طلب النفقة بغض النظر عن نوعها أكانت نفقة للزوجة أم للصغار أم للأقارب . فهي تبقى نفقة ، وتبقى زيادة لنفس النفقة المطلوب زيادتها .

بالمراجعة للنصوص القانونية يتبين أن المادة الثالثة والسـبعين مـن قـانون الأحـوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م ، وهي المادة التي بينت تاريخ اعتبار النفقة بالنسبة للزوجة نصت على أنه : "إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجـة النفقة يقدر القاضي نفقتها اعتباراً من يوم الطلب"[١] . وكذلك المادتين الرابعة والسـبعين ، و السادسة والسبعين من نفس القانون[٢] .

كما بينت أيضا المادة ١٧٥ من نفس هذا القانون تاريخ اعتبار النفقة بالنسبة للأقارب ومن ضمنهم الصغار ، فنصت على أنه : "تفرض نفقة الأقارب اعتبارا من تاريخ الطلب"[٣]

٣. جاء النص في كلا المادتين مطلقاً دون تخصيص النفقة واستثناء الزيادة عليها أو الحط منها ، ذلك أن الإطلاق يفيد العموم الشمول ، والكلام المطلق يبقى على إطلاقه ما لم

---

(١) . وهو نفس نص المادة ٦٤ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م . بعد أن تم تعديل القانون السابق رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م . الجريدة الرسمية ، العدد ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١٠/١٧م ، ص ٥٨٠٩ .

(٢) . نصت المادة ٧٤ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م على أنه : إذا عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة نفقة لها يقدرها القاضي من يوم الطلب ، على أن تكون ديناً في ذمته ويأذن للزوجة أن تستدين على حساب الزوج . وهو نفس نص المادة ٦٦ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م بعد أن تم تعديل القانون السابق . كما نصت المادة ٧٦ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م على أنه : إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة أو سافر إلى محل قريب أو بعيد أو فُقِد ، يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب بناء على البينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما بعد أن يحلفها اليمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وعلى أنها ليست ناشزة ولا مطلقة انقضت عدتها . وهو نفس نص المادة ٦٨ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م . بعد أن تم تعديل القانون السابق المذكور . الجريدة الرسمية ، العدد ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١٠/١٧م ، ص ٥٨٠٩ .

(٣) . وهو نفس نص المادة ٢٠٠ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م . بعد أن تم تعديل القانون السابق . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١٠/١٧م ، ص ٥٨٠٩ .

يتخصص[١] ، فإن ذلك يقتضي حمله على النفقات والزيادة عليها ، والحط والإنقاص منها فيكون الحكم بفرض النفقة والزيادة عليها أو الإنقاص منها اعتباراً من تاريخ الطلب كما في المادتين المذكورتين ، ويشمل هذا نفقة الزوجة على زوجها ، ونفقة الأقارب على قريبهم أيضاً . وعلى هذا قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى أنه : إن كان الزوج حاضراً فلم ينفق عليها "أي على زوجته" ، فطلبت فيما مضى فعليه نفقتها[٢] ، فلا تكون النفقة من تاريخ الفرض أي الحكم .

٤. هذا ما تقتضيه العدالة إذ أن إجراءات التقاضي قد تطول وتأخذ وقتاً من الزمن ، فإن قلنا باعتبار الزيادة في النفقة أو الإنقاص منها من تاريخ الحكم ، فإن ذلك يكون حافزاً للمدعى عليه في المماطلة في تأخير صدور الحكم ، وإثارة الدفوع للتخلص من النفقة التي ستفرض عليه أثناء فترة تأخيره للدعوى وصدور الحكم فيها .

- ملخص القرار .

إن زيادة النفقة هي جزء منها وتتبع لها في تاريخ اعتبار زيادة النفقة .

حيث كان حكم المحكمة الابتدائية قد اعتبر زيادة النفقة من تاريخ ثبوتها فقد تقرر تصديق هذا الحكم بتعديل التاريخ الذي تبدأ معه الزيادة ، ليصبح اعتباراً من تاريخ طلب المدعية زيادة نفقتها .

مع العلم أن هذا المبدأ الذي تم إيجاده بموجب هذا القرار قد تم تفعيله بعد أن تم تعديل قانون الأحوال الشخصية بموجب المادة الرابعة والستين من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م .

(١) . الزركشي ، **البحر المحيط** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٣٢ . وانظر أيضا : القرافي ، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (بلا تاريخ طبعة) ، **أنوار البروق في أنواء الفروق** ، بلا رقم طبعة ، ج ١ ، ص ١٩٤ ، دار عالم الكتب ، القاهرة ــ مصر . وانظر أيضا : ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م) ، **روضة الناظر وجنة المناظر** ، الطبعة الثانية ، ج ١ ، ٥٠٤ ، مؤسسة الريان ، بيروت ــ لبنان .

(٢) . الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي (١٤١٠هـ/١٩٩٠) ، **الأم** ، بلا رقم طبعة ، ج ٥ ، ص ٩٦ ، دار المعرفة ، بيروت ــ لبنان .

المطلب الثاني : النشوز .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : القرار رقم (٢٢٤٩٥) .

الفرع الثاني : القرار رقم (٣٠٣٨١) .

الفرع الأول : القرار رقم (٢٢٤٩٥)[١] .

الناشز : هي الخارجة من بيت زوجها بغير إذنه المانعة نفسها منه[٢] . وقد عرفها القانون بقوله : الناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر[٣].

وقبل الشروع في تحليل هذين القرارين وتأصيلهما أراد الباحث الإشارة إلى سبب إدراج هذين القرارين ووضعهما تحت موضوع النشوز ، ذلك أن كلتا الدعويين اللتين صدر فيهما هذان القراران كان موضوعهما قطع نفقة زوجة بسبب النشوز . حيث أن تخلف الزوجة عن تنفيذ حكم الطاعة الصادر بحقها يعتبر نشوزا منها لا تستحق معه النفقة ، فلو فرضت للزوجة نفقة معينة ثم حكم عليها بطاعة زوجها ، واكتسب هذا الحكم الدرجة القطعية ، ثم امتنعت الزوجة عن تنفيذه ، فإنها تعتبر ناشزة من تاريخ امتناعها هذا ، ويسقط حقها في النفقة المفروضة لها . فالأثر المترتب على النشوز هو قطع النفقة بخلاف الطاعة التي تؤمر فيها الزوجة ولا تجبر عليها[٤].

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٨١/١١/٣٠م ، بعد أن تقدمت المدعى عليها بطلب استئناف حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعوى قطع نفقة زوجة . وحيث صدر عن هذه المحكمة قرارات استئنافية يخالف بعضها البعض فقد تشكل هذا القرار بهيئته الخماسية ، علما أن أحد أعضائها كان عضواً منتدباً .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٥٤ .
(٢) . الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٥٢ .
(٣) . المادة ٦٩ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ م . وانظر أيضا : الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ . ويعتبر من الدفوع التي تدفع لدفع النشوز وثبوتها يهدم دفع النشوز أن تكون الزوجة غير أمينة على نفسها أو مالها ، وكذلك عدم شرعية مسكن الزوجية ، وكذلك كأن تكون ذمة الزوج مشغولة بمهر زوجته الناشز .
(٤) . السرخسي ، **المبسوط** ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٢٠٩ . وانظر أيضا : الميداني ، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي (بلا تاريخ طبعة) ، **اللباب في شرح الكتاب** ، بلا رقم طبعة ، ج ٣ ، ص ١٠٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت محكمة المفرق الابتدائية[1] في دعوى طلب قطع نفقة زوجة بقطع نفقة الزوجة المطلوب قطع نفقتها ، والبالغة خمسة عشر ديناراً أردنياً شهرياً . معللة حكمها على ثبوت دعوى المدعي طلبه قطع نفقة زوجته المدعى عليها ، لامتناعها عن تنفيذ حكم المحكمة الابتدائية القاضي بإلزامها بطاعة زوجها المدعي .

- مضمون القرار الخماسي .

قررت الهيئة الاستئنافية نظر الدعوى مرافعة عملا بالمادة ١٤٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م[٢] . ومارست فيها دور محكمة الموضوع . وبمراجعة هذه المحكمة الاستئنافية لما صدر عنها من قرارات في موضوع هذا القرار تبين لها ما يلي :

- ورد في القرار الصادر عن هذه المحكمة برقم (١٢٤٣٢)[٣] أن مجرد صدور حكم بإلزام الزوجة بطاعة زوجها ، وعدم تنفيذها هذا الحكم ، وعدم رجوعها إلى المسكن الشرعي يكون إذعاناً للحكم الصادر بحقها . فإن هذا لا يكفي لاعتبار الزوجة ناشزةً لا تستحق النفقة . بل لا بد مع صدور حكم الطاعة أن يذهب الزوج بنفسه لزوجته ليأخذها لمسكن الزوجية ، أو أن يرسل لها جاهة مع محرم حسب العرف والعادة ، وأن ترفض الزوجة العودة لبيت الزوجية ، فبذلك تكون ناشزةً لا تستحق النفقة[٤] .
- بينما جاء في القرار الصادر عن هذه المحكمة برقم (١٧٠٢٠)[٥] أن مجرد صدور حكم بالطاعة على الزوجة ، وعدم امتثال الزوجة لحكم المحكمة بالعودة

---

(١) . حيث إن محكمة استئناف إربد الشرعية لم تكن مشكلة بعد ، فقد كانت تخضع أحكام محكمة المفرق الشرعية لمحكمة استئناف عمان الشرعية . إذ أن محكمة إربد الشرعية تشكلت في عام ٢٠٠٣م بموجب نظام محاكم الاستئناف الشرعية رقم "١٢٩" لسنة ٢٠٠٣ م .

(٢) . نصت المادة ١٤٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أن تفصل محكمة الاستئناف في القضايا المستأنفة تدقيقاً دون حضور الطرفين إلا إذا قررت المحكمة الاستئنافية سماع الاستئناف مرافعة أو طلب أحد الطرفين ذلك ، ووافقت المحكمة على الطلب وعليها في حالة الرفض أن تدرج في القرار أسباب الرفض . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥١/١٠/١م ، ص ٩٣١ .

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٥ .

(٤) . أبو سنينة ، محمد جمال (٢٠٠٥م) ، **الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية** ، الطبعة الأولى ، ص ١٨٦ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . كما نصت المادة ١٨٣ من كتاب النفقات الشرعية على أنه : إذا أراد الزوج نقل زوجته لبيته وأرسل لها رجلا أجنبيا غير محرم لنقلها ، فلو امتنعت عن النقلة معه فلا تكون ناشزة . وإذا كان المرسل محرما فليس لها أن تمتنع . وإلا تكون ناشزة . انظر : لجنة من فطاحل العلماء ، **كتاب النفقات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٤٠ .

(٥) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٩ .

بنفسها لبيت الزوجية . فإن هذا يكون سبباً ومبرراً كافياً لاعتبار الزوجة ناشزةً غير مستحقة للنفقة[١] .

وكما يظهر من الاختلاف الحاصل فيما تتوجه إليه المحكمة الاستئنافية في هذه المسألة فقد قررت تشكيل هيئة خماسية بيانا للرأي المعتمد الواجب اتباعه ، كما قررت نظر الاستئناف مرافعة عملا بالمادة ١٤٣ المذكورة لظروف الدعوى ، فحددت جلسة لنظر الاستئناف مرافعة ، وعينت موعدا لها فحضر الطرفان المتداعيان ووكيلاهما وتمثلا أمامها . إلا أنه وقبل الدخول في موضوع الاستئناف أفاد طرفا الدعوى بحصول الطلاق بينهما ، وأبرزا وثيقة طلاق صادرة عن المحكمة الشرعية المختصة ، والتي ظهر مفادها وقوع طلقة بائنة بينونة صغرى بين طرفي الدعوى مقابل الإبراء الموضح في وثيقة الطلاق ، وقررت المستأنفة أنها ترغب بالعدول عن طلبها استئنافها حكم محكمة المفرق الشرعية الصادر بحقها بقطع نفقتها الزوجية لامتناعها عن الطاعة فقررت المحكمة الاستئنافية إجابة طلبها ، وقررت رد الاستئناف المقدم من المدعى عليها شكلا عملا بالقاعدة الشرعية من إذا ترك ترك.

- ووجهة نظر الباحث أنه لم يكن هناك داع لأن تعقد هيئة هذا القرار بهيئة الخماسية ذلك أن الغاية من القرار الخماسي هو ما نصت عليه المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية في الحالتين اللتين نصت عليهما :

الأولى : اذا رأت المحكمة الاستئنافية أن المسألة الفقهية أو القانونية التي ينبغي عليها الفصل في أية قضية مستأنفة قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر .

والثانية : إذا كان من رأي المحكمة الاستئنافية العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة جاز لها أن تصدر قرارها في تلك القضية بما تراه صوابا[٢] .

---

(١) . نصت المادة ٣٧ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ على أنه : على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والإقامة في مسكن زوجها الشرعي ، والانتقال معه الى أية جهة أرادها الزوج ، ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأموناً عليها ، وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي غير ذلك . وإذا امتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة . وبعد تعديل القانون نصت المادة ٧٢ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ على أن يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته أو عمله وعلى الزوجة بعد قبض مهرها المعجل متابعة زوجها ومساكنته فيه ، وعليها الانتقال إلى أي جهة أرادها ، ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأموناً عليها ، وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي خلاف ذلك ، فإذا امتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة .

(٢) . انظر المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م ونصها : "إذا رأت محكمة الاستئناف أن المسألة الفقهية أو القانونية التي ينبغي عليها الفصل في أية قضية مستأنفة قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر أو كان من رأيها العدول عن اتباع مبدأ تقرر في

- وهيئة هذا القرار لم تأت بما يرفع التناقض ويقطع التعارض فيما ذهبت إليه القرارات الاستئنافية المتخالفة الصادرة في هذه المسألة ، فلا ينطبق عليه أي من الحالتين المذكورتين أعلاه . وبقي الحال على ما هو عليه فلم تجن الفائدة المرجوة من القرار الخماسي والذي تم الحديث عنها في الفصل التمهيدي من هذه الأطروحة . فلعله كان من الأجدر أن يكتفى في نظر هذا الاستئناف بهيئة استئنافية عادية لتقوم برد الاستئناف شكلا لحصول الطلاق بين المتداعيين ، وانتهاء الزوجية فيها بينهما . ومن ثم تقوم بإصدار قرار خماسي في غير هذه الدعوى المستأنفة لتوضح النهج الواجب الاتباع في هذه المسألة بترجيح قرار معين ، وهو ما تم في القرار الخماسي في الفرع التالي .

الفرع الثاني : القرار رقم (٣٠٣٨١)[١] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٨٩/٨/٨م بعد أن استأنف المدعي حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعوى قطع نفقة زوجة ، وكما تقدم ذكره في المطلب السابق من وجود قرارات يخالف بعضها البعض في موضوع هذا القرار ، ولتوحيد منهجية عمل هذه المحكمة الاستئنافية تشكل هذا القرار الخماسي عملا بالمادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية بيانا لوجهة النظر الاستئنافية لهذه المحكمة في موضوع هذا القرار . علما أن المحكمة الاستئنافية قامت بالحكم بهذه الدعوى بعد توفر أسباب الحكم ، وذلك عملا بالمادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م[٢].

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكماً وجاهياً في دعوى طلب قطع نفقة زوجة ، والمقامة أمامها برد دعوى المدعي طلبه قطع نفقة زوجته المدعى عليها ، والبالغ قدرها ثلاثون ديناراً أردنياً شهرياً ، مقيمة حكمها الرد على عجز المدعي عن إثبات دعواه ، وعدم رغبته في تحليف زوجته المدعى عليها اليمين على نفي دعواه . علماً أن المدعي قام بإبراز ضبط محضر تنفيذ

أحكام سابقة جاز لها أن تصدر قرارها في تلك القضية بما تراه صوابا ، وفي هذه الحالة تنعقد المحكمة من خمسة قضاة ، ويكمل قاضي القضاة هيئة المحكمة عندئذ بطريق الانتداب" . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١م ، ص ٩٣١ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٩٢ .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

مأمور إجراء التنفيذ ، والذي يفيد امتناع الزوجة عن تنفيذ حكم الطاعة القطعي الصادر بحقها ، والذي لم تعتمده المحكمة الابتدائية كسبب كافٍ لثبوت الدعوى .

- مضمون القرار الخماسي .

بمراجعة هذه المحكمة الاستئنافية لما صدر عنها من قرارات في موضوع هذه المسألة تبين لها ما يلي :

- القرار الصادر عن هذه المحكمة برقم (١٢٤٣٢)[١] اعتبر أن مجرد صدور حكم بإلزام الزوجة بطاعة زوجها ، وعدم تنفيذها لهذا الحكم وتخلفها عن الرجوع إلى مسكن الزوجية الشرعي إذعاناً للحكم الصادر بحقها . فإن هذا لا يكفي لاعتبار الزوجة ناشزةً لا تستحق النفقة . بل اعتبر أنه لا بد مع صدور حكم الطاعة أن يذهب الزوج بنفسه لزوجته ليأخذها لمسكن زوجيتهما ، أو أن يرسل لها جاهةً مع محرم حسب العرف والعادة ، ثم ترفض الزوجة العودة لبيت الزوجية ، فبذلك تكون حينئذٍ ناشزةً لا تستحق النفقة[٢] .
- بينما جاء في القرار الصادر عن هذه المحكمة برقم (١٧٠٢٠)[٣] أن مجرد صدور الحكم على الزوجة بالطاعة لزوجها ، وعدم امتثال الزوجة لحكم المحكمة بالعودة بنفسها لبيت الزوجية . فإن هذا يكون سبباً كافياً ومبرراً لاعتبار الزوجة ناشزةً غير مستحقة النفقة[٤] .

---

[١] . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٥ .

[٢] . أبو سنينة ، **الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص ١٨٦ . كما نصت المادة ١٨٣ من كتاب النفقات الشرعية على أنه : إذا أراد الزوج نقل زوجته لبيته وأرسل لها رجلا أجنبيا غير محرم لنقلها ، فلو امتنعت عن النقلة معه فلا تكون ناشزة . وإذا كان المرسل محرما فليس لها أن تمتنع . وإلا تكون ناشزة . انظر : لجنة من فطاحل العلماء ، **كتاب النفقات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٤٠ .

[٣] . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٩ .

[٤] . بعد تعديل القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م جاء نص المادة ٧٢ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ على أن يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته أو عمله وعلى الزوجة بعد قبض مهرها المعجل متابعة زوجها ومساكنته فيه ، وعليها الانتقال إلى أي جهة أرادها ، ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأموناً عليها ، وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي خلاف ذلك ، فإذا امتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ .

- كما جاء في القرار الصادر عن هذه المحكمة أيضاً برقم (٢٤٥٦٥)[١] أن إقرار الزوجة بامتناعها عن الطاعة في محضر دائرة الإجراء والتنفيذ ، والموقع منها يكون موجباً لقطع نفقتها بسبب نشوزها وامتناعها عن تنفيذ حكم الطاعة الصادر بحقها والإذعان له .

وكما يظهر من تعدد الاتجاهات التي ذهبت إليها المحكمة الاستئنافية وعدم استقرارها على رأي واحد ، وقطعاً لهذا الخلاف الظاهر ، وبيانا للنهج الواجب الاتباع . فقد تقرر تشكيل هيئة خماسية ، وبعد انعقادها والاجتماع والتداول فيما بينها ومراجعة النصوص المتعلقة بهذه المسألة ظهرت المادة سبع وثلاثين من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م ، والتي تنص على أنه : على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والإقامة في مسكن زوجها الشرعي ، والانتقال معه الى أية جهة أرادها الزوج ، ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأموناً عليها ، وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي غير ذلك . وإذا امتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة"[٢] .

- حيث أن هذه المادة هي محور الحديث عن طاعة الزوجة لزوجها ، ومن أن امتناعها عن الطاعة يكون سبباً موجباً لقطع نفقتها وعدم أحقيتها بالنفقة لنشوزها . وحيث أنها لم تذكر أو تشر إلى ضرورة إرسال جاهة برفقة محرم لتعيد الزوجة لبيت زوجيتها ، فيُحمل نص المادة على ما هو عليه بأن على الزوجة الطاعة والإقامة في مسكن زوجيتها الشرعي ، وأنّ تخلفها عن ذلك يعتبر نشوزاً منها لا تستحق معه النفقة ، ذلك أن الناشز لا تستحق النفقة كما نصت على ذلك المادة تسع وستين من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م ، بقولها : إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها . والناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر ، ويعتبر من المسوّغات المشروعة لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها بالضرب أو سوء المعاشرة[٣] .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٦٦ .
(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ .
(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ . علما أنه بعد تعديل قانون الأحوال الشخصية بموجب قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ فقد نصت المادة ٦٢ منه على : "إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها ما لم تكن حاملا فتكون النفقة للحمل . والناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر ، ويعتبر من المسوغات المشروعة لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها أو إساءة المعاشرة أو عدم

فلو فرضت نفقة للزوجة ، ثم حكم عليها بطاعة زوجها واكتسب هذا الحكم الدرجة القطعية ، وامتنعت الزوجة عن تنفيذه سواء بالطرق الشخصية أو الرسمية ، فإنها تعتبر ناشزة من تاريخ امتناعها هذا ، ويسقط حقها في النفقة المفروضة لها ، ويكون الحق للزوج في إقامة دعوى قطع نفقة زوجته الممتنعة عن الطاعة ، فإن أثبت دعواه يحكم له بقطع نفقتها .

وعليه فيرى هذا القرار أن اعتماد قطع نفقة الزوجة بسبب نشوزها ، يكون تبعا للإجراءات التالية :

١- صدور حكم مكتسب للدرجة القطعية يقضي بالحكم على الزوجة بالطاعة .

٢- امتناع الزوجة عن تنفيذ حكم الطاعة الصادر بحقها ، وذلك بعد واحد من أمرين :

أ – أن يذهب الزوج لزوجته ليصطحبها لبيت الزوجية الخاص بهما ، أو أن يرسل محرماً لها ليصطحبها إليه . وثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم الصادر بحقها بوجه شرعي .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. يؤيد ما سبق ذكره ما جاء في البحر الرائق بأنه لو كان الزوج بسمرقند وكانت زوجته بنسف(١) فبعث إليها أجنبياً ليحملها إلى سمرقند ، ولم تذهب معه لعدم المحرم فإن لها النفقة . أما إذا طلب أن يسافر بها من بلدها ، وامتنعت فإنه لا نفقة لها على ظاهر الرواية(٢) .

ب – طرح الزوج إعلام حكم الطاعة لدى مأمور إجراء التنفيذ ، وثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم الصادر بحقها ، بشرح من مأمور التنفيذ يبين فيه ذلك .

٢. خيرٌ ما فعل هذا القرار حين لم يشترط إرسال جاهة للزوجة حتى تعود لبيت زوجها ، وبالوقت نفسه جعل وجوب ذهاب الزوج ليصطحب زوجته معه ، أو أن يرسل الزوج محرماً للزوجة ليعيدها لبيت الزوجية ، وهذا منسجم مع العادات والأعراف التي لا تخالف الشرع القويم والتي راعاها ديننا الحنيف . موازناً في ذلك ما بين حق الزوج

أمانتها على نفسها أو مالها" . الجريدة الرسمية ، العدد ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٧ م ، ص ٥٨٠٩ .

(١) . نسف : مدينة تقع في جنوب أوزباكستان ، وسميت أيضا بنخشب ، واسمها الحالي قرشي . وهي تقع جنوب شرق مدينة سمرقند ، وتبعد عنها حوالي ٢٠٠ كم تقريبا .

(٢) . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٩٥ .

في تنفيذ زوجته لحكم الطاعة الذي احتصل عليه والصادر بحقها ، وبين العادات المتبعة والأعراف الدارجة في المجتمع .

وعليه وبناءً على ما سبق وما تم إقراره ، وحيث لم تعتمد المحكمة الابتدائية ضبط محضر تنفيذ مأمور إجراء التنفيذ المقدم من قبل المدعي، والذي يفيد امتناع الزوجة عن تنفيذ حكم الطاعة القطعي الصادر بحقها على أنه بينة خطية على دعواه ، والذي لم تعتمده المحكمة الابتدائية كسببٍ كافٍ لثبوت الدعوى ، والذي اعتبرته هيئة هذا القرار أحد السببين الذين يثبت مع أحدهما امتناع الزوجة عن الامتثال لأمر الطاعة ، وبالتالي عدم أحقيتها في النفقة كزوجة بسبب نشوزها . وحيث أن حكم المحكمة الابتدائية كان على النقيض مما قررته المحكمة الاستئنافية في قرارها هذا ، فقد حكمت بفسخ حكم المحكمة الابتدائية ، ولتوفر أسباب الحكم ، وعملا بالمادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وستين لسنة ١٩٥٩م[1] فقد حكمت المحكمة الاستئنافية بقطع نفقة الزوجة المدعى عليها مسبّبة حكمها على ثبوت امتناع الزوجة عن تنفيذ حكم الطاعة الصادر بحقها بالبينة الخطية المتمثلة في ضبط محضر مأمور التنفيذ ، وذلك اعتباراً من تاريخ الامتناع الواقع في ١٩٨٨/٨/٦م .

- ملخص القرار .

لقطع نفقة الزوجة بسبب نشوزها لا بد من صدور حكم مكتسب للدرجة القطعية يقضي بالحكم على الزوجة بالطاعة . فتمتنع الزوجة عن تنفيذه ، وذلك بعد واحد من أمرين : أ – ذهاب الزوج نفسه ليصطحب زوجته ، أو أن يرسل الزوج محرما لها ليصطحبها إليه . ب – طرح الزوج إعلام حكم الطاعة لدى مأمور التنفيذ ، وشرح المأمور أن الزوجة ممتنعة عن تنفيذ حكم الطاعة الصادر بحقها

---

(1) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

- **المبحث الثالث : التطليق للحبس ، وحبس المدين .**

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في التطليق للحبس ، القرار رقم (٦٥١٨٠) .

المطلب الثاني : في حبس المدين ، القرار التنفيذي رقم (٦٦٢) .

المطلب الأول : في التطليق للحبس ، القرار رقم (٦٥١٨٠)[١] .

الحبس لغة : ضد التخلية[٢] ، وهو المنع من الحركة[٣] .

وقد صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ٢٠٠٦/٦/٢٢م ، بعد أن استأنفت المدعية حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعوى طلب التفريق بين المدعية وزوجها المدعى عليه بسبب حبسه . ولِمَا رأته هذه المحكمة الاستئنافية من ضرورة بيانها للقول الفصل فيما بين القرارات الاستئنافية السابقة المتعارضة فيما بينها ، فقد صدر هذا القرار الخماسي لترجيح ما تراه هذه المحكمة الاستئنافية صواباً .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية برد دعوى المدعية ، والتي تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها المدعى عليه بسبب حبسه ، مسببة حكمها على أن المدة الزمنية ما بين اكتساب حكم الحبس الدرجة القطعية بتصديقه تمييزاً ، وبين تاريخ إقامة الدعوى هي مدة ثمانية أشهر فقط ، فاهمةً هذا على اعتبار ما جاء به القرار الاستئنافي الصادر عن هذه المحكمة برقم (٣٠١٢٥)[٤] ، ومستندةً أيضا على الإفراج الذي تم على المدعى عليه ، وإطلاق سراحه بانتهاء مدة محكوميته عملاً بالمادة ١٣٠ من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦ م ونصها : "الزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢١٤ .

(٢) . الجوهري ، إسماعيل بن حماد الفارابي (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م) ، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية** ، الطبعة الرابعة ، ج ٣ ، ص ٩١٥ ، دار العلم للملايين ، بيروت ـــ لبنان .

(٣) . ابن دريد الأزدي ، محمد بن الحسن (١٩٨٧م) ، **جمهرة اللغة** ، الطبعة الأولى ، ج ١ ، ص ٢٧٧ ، دار العلم للملايين ، بيروت ـــ لبنان .

(٤) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٩١ .

سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريتـــه التطليـــق عليه بائناً ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"[١] .

- مضمون القرار الخماسي .

بإمعان النظر في المادة ١٣٠ المذكورة والتي هي محور حديث هذا القـــرار تبـــين أنهـــا أجازت التفريق بين الزوجين لحبس الزوج وتقييد حريته . مقررةً في متنها عناصـــر ثلاثـــة لحصول التفريق بينهما ، وهي :

١- أن يكون الزوج المدعى عليه محكوماً بعقوبةٍ مقيدةٍ للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر .

٢- أن يكون حكم العقوبة المقيدة لحرية المدعى عليه حكماً قطعياً نهائياً .

٣- أن تمضي سنة اعتباراً من تاريخ حبس الزوج المدعى عليه عند طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها بسبب حبسه وتقييد حريته .

وبتدقيق المحكمة الاستئنافية لهذه الدعوى تبين أن السبب الأول الذي أقامت به المحكمـــة الابتدائية حكمها عليه ، لا ينسجم مع مضمون القرار الاســـتئنافي رقـــم (٣٠١٢٥)[٢] الـــذي استندت في حكمها إليه ، إذ إن مضمون هذا القرار هو أنه يجوز لزوجة المحبوس المحكـــوم عليه نهائياً بعقوبةٍ مقيدةٍ للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب من القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطليق عليه بائنا ، ولا بد من أن يثبت لدى المحكمة الابتدائية أن حكم الحبس الصادر بحق المدعى عليه نهائيٌ ، واكتسب الدرجة القطعيـــة كمـــا ادعـــت المدعية[٣] . فيتبين أن ما تضمنه القرار هو أن يكون حكم الحبس الصادر بحق الزوج المدعى عليه حكماً قطعياً مكتسباً للدرجة القطعية . وتبقى المادة ١٣٠ المذكورة على إيضاحها في أن طلب التفريق للحبس يكون بعد سنة من تقييد حرية الزوج وحبسه ، وليس ما فهمته المحكمة الابتدائية من مرور سنة على اكتساب حكم الحبس للدرجة القطعية وما بين إقامة الـــدعوى . فبالتالي يكون العنصر الثالث بمضي السنة على تاريخ حبس الزوج عند طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها متوفراً وقائماً، وتكون الدعوى حرية باستكمال النظر فيها .

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ .

(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٩١ .

(٣) . داود ، أحمد محمد علي (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م) ، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية** ، الطبعة الأولى ، ج ١ ، ص ٣٢٧ ، دار الثقافة ، عمان ـــ الأردن .

أما بالنسبة للسبب الثاني الذي سببت به المحكمة الابتدائية حكمها ، وهو الإفــراج عــن المدعى عليه وإطلاق سراحه بانتهاء مدة محكوميته ، فإنه وبعد مراجعة هذه المحكمــة لِمــا صدر عنها من قرارات في هذه المسألة ، فقد تبين أن القــرارين الصــادرين عنهــا بــرقم (٢٧٣٢٣)[١] ، ورقم (٤٣١٠٦)[٢] قد أجازا التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج المدعى عليه حتى لو خرج من السجن قبل صدور الحكم بالتفريق . وقد فسخا حكم المحكمة الابتدائية عندما ردت دعوى المدعية بسبب خروج المدعى عليه من السجن قبل الحكم فــي الــدعوى بالتفريق ، وذلك بخروجه متمتعاً بالعفو العام عنه . حيث اعتبرت المحكمة الاســتئنافية فــي قرارها (٤٣١٠٦) المذكور أن صدور العفو العام لا أثر له على الــدعوى ، ولا يمنــع مــن استكمال السير فيها ما دام هذا العفو قد صدر بعد إقامة الدعوى ، وبعد توفر الشروط القانونية التي اشترطتها المادة ١٣٠ المذكورة . علماً أن هذا القرار لم يصدر بإجماع أعضاء هيئتــه ، وإنما صدر برأي أغلبيتها ، حيث خالف أحد أعضاء الهيئة لما ذهبا إليه العضوان الآخران . كما اعتبرت المحكمة الاستئنافية أيضا في قرارها رقم (٢٧٣٢٣) المذكور أنه كان لا بد مــن التحقق في تاريخ صدور العفو إن كان قبل إقامة الدعوى أو بعدها لما في ذلك من آثار علــى موضوع هذه الدعوى . أي أن صدور العفو العام قبل رفع الدعوى يكون معتبراً فــي دفــع الدعوى . أما صدوره بعد رفعها فلا يكون معتبراً في دفعها .

في حين أن القرار الصادر عن محكمة استئناف القدس الشــرعية[٣] بــرقم (١٢٤٣٩)[٤] والذي اعتبر أن العفو العام الصادر قبل إقامة دعوى طلب التفريق للحبس ، والــذي خفــف العقوبة التي كان محكوماً بها المدعى عليه من خمس سنوات إلى سنتين ونصف ، اعتبر ذلك مانعاً من التفريق بسبب هذا الحبس ، حيث فسخ حكم المحكمة الابتدائية التي كانت قد قضــت بالتفريق بين زوجين لحبس الزوج مع تخفيف عقوبته من خمس سنوات إلى سنتين ونصف . فقد اعتبر هذا القرار أن المادة ١٣٠ المذكورة ــ والتي يتم التفريق بين الزوجين للحبس بتوفر

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٧٩ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٥٨ .
(٣) . صدر هذا القرار بتاريخ ١٩٦٢/١٢/٨م ، حيث أن النظام الذي كان معمولاً به في ذاك التاريخ هو نظام محكمة الاستئناف الشرعية رقم "٣" لسنة ١٩٥١م ، والذي نصت المادة الثانية منه على أن تؤلف محكمة استئناف واحدة ويكون مركزها في مدينة عمان ، وتقوم بنظر الدعاوى المستأنفة ، والطعون الواردة على الدعاوى الصادرة عن جميع المحاكم الشرعية الابتدائية . كما نصت على أنه يجوز انعقادها حين الإيجاب في مدينة القدس . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ١٠٨٣ الصادر بتاريخ ١٩٥١/٨/١٨م ، ص ١٣٠٥ . وانظر أيضا : المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل التمهيدي لهذه الأطروحة .
(٤) . السجل الاستئنافي للقرارات الاستئنافية رقم ١٥ .

عناصر الإدعاء فيها ــ لا تنطبق على حيثيات هذه الدعوى ، فلا يصح التفريق بين الزوجين .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. كان القانون المعمول به في ذاك الوقت قانون العائلة رقم اثنين وتسعين لسنة ١٩٥١م ، والذي كان قد نصت المادة الثالثة والتسعين منه على أنــه : "الزوجــة المحبــوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبةٍ مقيدةٍ للحرية مدة ثلاث سنوات فــأكثر أن تطلــب إلــى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ، ولو كــان لــه مــال تستطيع الإنفاق منه"[١] . فيظهر التطابق شبه التام بين هــذه المــادة والمــادة ١٣٠ المذكورة ، حيث أنهما قد نصتا على وجوب توفر أركان وعناصر طلــب التطليــق للحبس ، والذي تم ذكرها في بداية هذا المبحث . ولمّا كانت المحكمة الابتدائيــة قــد حكمت بالتفريق بين الزوجين ، مخالفة هذا القرار فقد قامــت المحكمــة الاســتئنافية بفسخه .

وبعد انعقاد هيئة هذا القرار واجتماع أعضائها سوية وتأملهم في المادة ١٣٠ التي هــي محور هذا القرار تبين أنها جاءت معللة برفع الضرر وإزالته عن الزوجة المتضــررة مــن غياب زوجها وحبسه بعيداً عنها ، بفوات حقوقها من الانتفاع بوجوده وفقدانها للسكينة الزوجية دونه .

٢. إن الهدف الأسمى من الزواج هو أن يسكن كل من الزوجين للآخر ، وأن تتحقق المودة والرحمة بينهما . حيث يقول الله تبارك وتعالى في محكم كتابه : ((وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً))[٢] .

فمن خلال الزواج يشعر كل من الزوجين بالأنس بالآخر ، ويحصن كل منهما نفسه ويعفها بزوجه[١] . أما غياب الزوج عن زوجته وبقائها وحدها بلا زوج فإن هذا فيه من

([١]) . الجريدة الرسمية ، العدد ٧٦٤ ، الصادر بتاريخ ١٩٤٣/١/٤ م ، ص ٧٨ . مع العلم أن المراد بالسنة هي السنة القمرية وليست السنة الشمسية . سندا للمادة ٣٢٢ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م.

([٢]) . ((وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَأَيَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)) . (الروم : ٢١) .

الضرر البالغ ، حيث قيل في ترك وطء الزوج لزوجته ، وتضرر الزوجة بهذا الترك فإنه يطلق على الزوج لحصول الضرر على زوجته ، وإن لم يقصده[٢] . كما أن للزوجة عند الحنابلة فسخ الزواج لغيبة زوجها المضرة بها[٣] .

٣. جاء في الفتاوى الكبرى ما نصه : وحصول الضرر للزوجة بترك الـوطء مقـتض للفسخ بكل حال ، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد منه ، وعلى هذا فـالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقتـه ، كالقول في امرأة المفقود بالإجماع[٤] .

وجاء في القرار ما قاله الشيخ محمد أبو زهرة في حديثه عن التفريق للحبس : لقد قـاس واضعو القانون حال الحبس على حال الغياب لأنه غياب فعلاً ، وفي أكثر الأحوال لا يكـون في البلد الذي يقيم فيه ، وقد اشترط مضي سنة تتضرر فيها كالغياب ، كما اشترط أن تكـون مدة الحكم ثلاث سنين ، حتى تكون يائسة من عودة قريبة ، فيستحكم الضرر إن بقيـت إلـى نهاية المدة[٥] .

---

(١) . ملحم ، أحمد سالم (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥) ، **دراسات إسلامية في الفكر والثقافة والسلوك** ، الطبعة الأولى ، ص ٣٧٨ ، ٣٨٣ ، جمعية عمال المطابع التعاونية .

(٢) . الدردير ، أحمد بن محمد (بلا تاريخ طبعة) ، **الشرح الكبير** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٤٣١ ، دار الفكر ، بيروت ـ لبنان . وانظر أيضا : سقا ، عبد المنعم فارس (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م) **أحكام المفقود والغائب في الفقه الإسلامي** ، الطبعة الأولى ، ص ٣٥٩ ، دار النوادر ، دمشق ـ سورية . وانظر أيضا : النفرواي : أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) ، **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٤٢ ، دار الفكر ، بيروت ـ لبنان . حيث جاء فيه : وإذا جاز لها التطليق بعدم النفقة فإنه يجوز لها إذا خشيت على نفسها الزنا بالأولى لشدة ضرر ترك الوطء الناشئ عنه الزنا، ألا ترى أنها لو أسقطت النفقة عن زوجها يلزمها الإسقاط ، وإن أسقطت عنه حقها في الوطء لا يلزمها ولها أن ترجع فيه .

(٣) . المرداوي ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي (بلا تاريخ طبعة) ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، الطبعة الثانية ، ج ٨ ، ص ٣٥٤ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ـ لبنان .

(٤) . ابن تيمية ، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني (١٤٠٨هـ/١٩٨٧م) ، **الفتاوى الكبرى** ، الطبعة الأولى ، ج ٥ ، ص ٤٨١ ، ٤٨٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان .

(٥) . أبو زهرة ، **الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص ٣٦٧ ، ٣٦٨ .

٤. يتبين من أن المناط في السابق هو تضرر الزوجة من بعدها عن زوجهـا ، وتركـه وطئها ، وخشيتها على نفسها الفتنة ، وأنه لا دخل لها بكون بعد زوجها عنها باختياره ، أو قهراً عنه[١] .

وعليه وحيث تبين مقصد المشرع في سنّه لهذه المادة برفعه للضرر عن الزوجة لغيـاب زوجها عنه لحبسه ، فإن إطلاق سراح الزوج وإخلاء سبيله وخروجه من سجنه ، وحضـور الزوج لزوجته ووصوله إليها قبل صدور حكم التفريق بينه وبين زوجته ، يكون رفعاً للضرر عن الزوجة .

٥. حيث زال الضرر عن الزوجة ، والذي بزواله انتفت علة الحكم ، وبما أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، والعلة تنتفي بانتفاء المعلول[٢] ، فينتفي الحكم هنا إذن . فإذا ما قلنا بمضي الدعوى بإجراءات التفريق بين الزوج وزوجته مع إطلاق سراح الزوج وخروجه من سجنه ، فإن في ذلك معاقبة للزوج على غيابه المرغم عليـه ، فتكـون عقوبته عقوبتين . عقوبة الحبس التي قيدت حريته فيها ، وعقوبة تطليق زوجته ، وما يترتب عليه فيها من آثار اجتماعية ومادية مستقبلية . كما أن القول بإتاحة الفرصـة للزوجة في طلبها التفريق بينها وبين زوجها حتى بعد الإفراج عنه ، يكون تعسفاً في استعمال الحق إن لم يكن الزوج صاحب عادةٍ في الحبس والسجن[٣] .

هذا من جهة ومن جهة أخرى ، وبما أن المبرر لطلب التفريق للحبس هو رفع الضـرر الحاصل على الزوجة جراء غياب زوجها عنها ، وبما أن الزوج المدعى عليه فـي دعـوى التفريق للغياب تضرب له المحكمة أجلاً بعد تكليف المدعية عبء الإثبات وإثباتها إياه ، بـأن

---

(١) . الفقي ، المغاوري محمد عبد الرحمن (٢٠١١م) ، **التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي** ، الطبعة الأولى ، ص ٦١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ــ مصر .

(٢) . الزركشي ، **البحر المحيط** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٨٣ . وانظر أيضا : السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل (بلا تاريخ طبعة) ، **أصول السرخسي** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ١٨٢ ، دار المعرفة ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : القرافي ، **أنوار البروق في أنواء الفروق** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٢١٨ . وأيضا ج ٣ ، ص ٢٠٥ .

(٣) . يقول الدكتور الدريني في بيانه لمعايير التعسف في استعمال الحق بأنه : لا يجوز استعمال الحق بمعناه الشامل للإباحة في غير ما شرع له من غاية أو مصلحة مرسومة شرعا . لأنه يناقض أصل العدل في التشريع . كما إنه يجب إقامة التوازن بين المصالح الفردية المتضاربة ، ولو كانت في الأصل مشروعة ، وناشئة عن حق ، وترجيح أكثر ما هو نفعا ، لأنه أولى بالرعاية انسجاما مع الأصل العام في التشريع ، من أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، أي في حالة ما إذا كانت المفاسد اللازمة مساوية أو راجحة . انظر : الدريني ، فتحي (١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م) ، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي** ، الطبعة الثالثة ، ص ٣٠ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ــ لبنان .

يطلق زوجته المدعية أو أن يحضر للإقامة معها أو أن ينقلها إليه وهو طليق حر . فإنه ومن باب أولى أن يكون القول بأن خروج الزوج من حبسه قبل صدور حكم المحكمة بالتفريق بينه وبين زوجته يكون مانعاً من التفريق لهذا الحبس .

ويستند هذا القرار أيضاً على أن عصمة الطلاق في الشريعة الإسلامية تكون للزوج ، كما في الحديث المروي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا رسول الله . إن سيدي زوجني أمته ، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها ، قال : فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : "يا أيها الناس ، ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ؟ إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"[١] .

٦. ليس للقاضي حق تطليق زوجة المحبوس إلا بصفته نائباً عن الزوج ، فيطلق الزوجة عن زوجها لوجود العلة وتحقق الضرورة بإزالة الضرر عنها ورفعه عنها[٢] . فإذا ما رفع الله تعالى الضرر عن زوجة المحبوس بخروجه من سجنه وطلبه لزوجته ، قبل أن يحكم القاضي بالتفريق بين المحبوس وزوجته . فإن ولاية القاضي للتطليق ترتفع برفع الضرر وزوال العلة ، حتى لو بقيت الزوجة على طلبها . ذلك أن المعلول ينتفي بانتفاء العلة وزوالها .

٧. قال ابن سلمون الكناني[٣] : أن زوجة الغائب يجوز لها أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها ، لغياب زوجها عنها وانقطاع أخباره ، وبيّن أن عليها أن تثبت دعواها بشهادة

---

(١) . ابن ماجه ، محمد بن يزيد القزويني (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م) ، **سنن ابن ماجه** ، الطبعة الأولى ، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد ومحمَّد كامل قره بللي وعَبد اللّطيف حرز الله ، كتاب الطلاق ، رقم الحديث ٢٠٨١ ، ج ٣ ، ص ٢٢٧ ، دار الرسالة العالمية ، بيروت ــ لبنان . وقال المحقق أنه حديث صحيح . ومعنى "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق" أي الطلاق حق الزوج الذي له أن يأخذ بساق المرأة ، لا حق المولى . وفيه قال المحقق أن الحديث حسن لغيره . وورد أن هذا الحديث روي مرسلا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق" . انظر : البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م) ، **السنن الكبرى** ، الطبعة الثالثة ، باب ما جاء في عدد طلاقات العبد ، الحديث رقم : ١٥١٧٩ ، ج ٧ ، ص ٦٠٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : الدارقطني ، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي (١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م) ، **سنن الدارقطني** ، الطبعة الأولى ، تحقيق شعيب الارنؤوط وحسن عبد المنعم شلبي وعبد اللطيف حرز الله وأحمد برهوم ، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره ، رقم الحديث : ٣٩٩٢ ، ج ٥ ، ص ٦٧ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ــ لبنان .

(٢) . أبو عيسى ، محمود عباس صالح (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م) ، رسالة ماجستير بعنوان **التفريق بين الزوجية بسبب حبس الزوج في الفقه الإسلامي والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية** ، احتصل بموجبها الباحث على درجة الماجستير من جامعة النجاح الوطنية في فلسطين بتخصص الفقه والتشريع ، ص ٣٨ .

(٣) . هو أبو القاسم بن سلمون بن علي بن عبد الله الكناني البياسي الغرناطي . فقيه مالكي ، فاضل أندلسي. ولد بغرناطة ، وقرأ بها وبمالقة وبسبتة . تصوف بفاس . وتوفي في وقعة طريف . له من المؤلفات : الشافي في تحرير ما وقع من الخلاف بين التبصرة والكافي في فروع المالكيه ، والعقد المنظم للحكام ، توفي سنة

الشهود وأن تحلف يميناً وفق ما ادعت به ، وأضاف أنه لو عاد الزوج بعـد حلفهـا لليمين وقبل تطليق القاضي بينهما ، فلا يضر ذلك فتبقى الزوجية قائمة بينهما[١] .

- ملخص القرار .

إن خروج الزوج من السجن وإخلاء سبيله لأي سبب قبل الحكم بالتفريق بينه وبين زوجته في الدعوى التي أقامتها الزوجة وتطلب فيها التفريق بينها وبين بسبب حبسه ، فإن هذا يكون سببا في دفع الدعوى ، ويكون موجبا لردها ولكل ما سبق فإن هذه الهيئة بأعضائها الخمسـة تقرر اعتماد أن خروج الزوج من السجن ، وإخلاء سبيله لأي سبب قبل الحكم بالتفريق بينـه وبين زوجته ، فإن هذا يكون سبباً في دفع الدعوى ، ويكون موجباً لردها .

وفي هذه الدعوى المستأنفة ، بما أن الزوج المدعى عليه قد خرج من السجن بإخلاء سبيله قبل الحكم بالتفريق بينه وبين زوجته ، وأبرز كتاب الإفراج عنه مع مصادقة المدعية عليه ، فإن هذه الدعوى تكون قد اندفعت . وحيث أن ما حكمت به المحكمة الابتدائية في هذه الدعوى قد جاء موافقاً لما قرره واعتمده هذا القرار في مسألة خروج الزوج المدعى عليه قبل الحكـم بالتفريق بينه وبين زوجته المدعية للحبس يكون مانعاً من التفريق لهذا السبب ، فقد قـررت هذه المحكمة الاستئنافية تصديق حكمها ، وليس لما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية في أن المدة ما بين اكتساب حكم الحبس للدرجة القطعية وإقامة هذه الدعوى كانت أقل من سنة .

المطلب الثاني : في حبس المدين ، القرار التنفيذي رقم (٦٦٢) .

تظهر مشروعية الحبس في الشريعة الإسلامية بالحديث الشريف المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "مطل الغني ظلم"[٢] . وكذلك للحديث الشريف الآخر أنه قال صـلى

١٣٥٦هـ . انظر : كحالة ، **معجم المؤلفين** ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ١٠٣ . وانظر أيضا : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٠٦ .

(١) . الكناني ، سلمون بن علي بن عبد الله بن سلمون (كتب في القرن الثاني عشر الهجري) ، مخطوطة بعنوان **العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام** ، ص ٥٠ ، ٥١ .

(٢) . الألباني ، محمد ناصر الدين (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م) ، **مختصر صحيح الإمام البخاري** ، الطبعة الأولى ، باب إذا أحال دين الميت على رجل جاز ، رقم الحديث ١٠٧٠ ، ج ٢ ، ص ٩٥ ، مكتبة المعارف ، الرياض ــ السعودية . وانظر أيضا : البخاري ، محمد بن إسماعيل (١٤٢٢هـ) ، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه** ، تحقيق محمد زهير الناصر ، تعليق د. مصطفى البغا ، الطبعة الأولى ، باب إذا أحال على مليء فليس له رد ، رقم الحديث ٢٢٨٨ ، ج ٣ ، ص ٩٤ ، دار طوق النجاة ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضاً : ابن أنس ، مالك (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م) ، **الموطأ** ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي ، الطبعة الأولى ، باب جامع الدين والحول ، رقم الحديث ٢٤٨٤/ ٥٧٥ ، ج ٤ ، ص ٩٧٣ ، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان ، أبو ظبي ــ الإمارات .

الله عليه وسلم : "لي الواجد ظلم وعقوبته حبسه"[١] . فالمماطل بأداء الدين لصاحبه ، تستحق عليه عقوبة تعزيرية يفرضها الحاكم عليه بما يتناسب مع حال الظالم لتكون عقوبة رادعة له مانعة إياه من تكرار ظلمه ، وبذات الوقت تفرض لتأمين حصول صاحب الحق والدين على حقه وإتاحته له . فكان الحبس إحدى هذه الوسائل .

كما ذهب بعض المفسرين إلى أن معنى قوله تعالى : ((يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِ)) في سورة المائدة : ((إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِ))[٢] . أي الحبس[٣] .

وقد صدر هذا القرار التنفيذي عن محكمة استئناف إربد الشرعية بتاريخ ٢٠١٠/٣/٢٨م ، بعد أن استأنفت المحكوم لها قرار رئيس التنفيذ ، والقاضي بعدم إجابة طلبها حبس المحكوم عليه لتخلفه عن دفع المبلغ المحكوم به . ولوجود قراراين صادرين عن هذه المحكمة يتعارض كل واحد منهما مع ما ذهب إليه الآخر ، وخروجاً من هذا الخلاف ولبيان وجهة نظر هذه المحكمة الاستئنافية ، فقد صدر هذا القرار بهيئته الخماسية عملاً بالمادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية[٤] .

---

[١] . ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد (١٤١٩هـ/١٩٨٩م) ، **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** ، الطبعة الأولى ، رقم الحديث ١٢٣٧ ، ج ٣ ، ص ١٠٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

[٢] . ((إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٌ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ)) . (المائدة : ٣٣) .

[٣] . الرازي ، محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي (١٤٢٠هـ) ، **مفاتيح الغيب** ، الطبعة الثالثة ، ج ١١ ، ص ٣٤٧ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : الخازن ، علي بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيحي (١٤١٥هـ) ، **لباب التأويل في معاني التنزيل** ، الطبعة الأولى ، ج ٢ ، ص ٣٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : الماتريدي ، محمد بن محمد بن محمود (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م) ، **تأويلات أهل السنة** ، الطبعة الأولى ، ج ٣ ، ص ٥٠٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . حيث ذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة . انظر : الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٧٩ . وانظر أيضا : الزبيدي ، **الجوهرة النيرة** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٢٤٥. وانظر أيضا : ابن مازة البخاري ، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني** ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ٢٣٨ .

[٤] . نصت المادة ١٣ من قانون التنفيذ الشرعي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٦م ، والذي كان قانونا ساري المفعول عند صدور هذا القرار على أنه : لمقاصد تنفيذ أحكام هذا القانون ، تطبق أحكام قانون أصول المحاكمات الشرعية الخاصة بإجراءات التقاضي والإثبات . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ٤٧٥١ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٦ م ، ص ٧٣١ .

- قرار رئيس التنفيذ .

قرر القاضي رئيس التنفيذ عدم إجابة طلب المحكوم لها عندما طلبت حبس المحكوم عليه لتخلفه عن دفع المبلغ المحكوم عليه به ، مستنداً في قراره على أن المحكوم عليه يعمل موظفاً في البلدية ، معتبر أنه موظف حكومي وبالتالي فإنه لا يجوز حبسه .

- مضمون القرار الخماسي .

بما أن الحبس إنما هو وسيلةٌ تستخدم لإرغام المدين على الوفاء بدينه المحكوم له ومنعه من المماطلة به . وحيث أن موظف الجهة الحكومية موظفٌ دائمٌ مستمرٌ في عمله ، لا يمكن ترك عمله إلا بعد إجراءات معينة ، وبالتالي يضمن المحكوم له حصوله على حقه من خلال اقتطاع الدين من راتب المحكوم عليه منه فلا تبرر الحاجة لحبسه .

وباطلاع هذه المحكمة الاستئنافية على ما سبق وتم إصداره من قرارات في هذا الموضوع ظهر لها ما يلي :

- القرار التنفيذي الصادر عن هذه المحكمة برقم (٤٤٦) ، اعتبر أن الموظف الذي يعمل في البلدية سواء أكان موظفاً مصنفاً أم غير مصنفٍ ويعمل براتب مقطوع ، فإنه يعتبر موظفاً لغايات التنفيذ القضائي . وبالتالي فإنه لا يجوز حبسه .
- بينما يظهر في القرار التنفيذي الصادر عن هذه المحكمة برقم (٦١٢) ، والذي اعتبر أن الموظف الذي يعمل في البلدية سواء أكان موظفا مصنفاً ، أم غير مصنف ويعمل براتبٍ مقطوع ، فإنه يعتبر غير موظفٍ . وبالتالي يجوز حبسه . على اعتبار أن البلديات مؤسسات مستقلة إدارياً ومالياً .
- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. بما إن القانون الذي كان معمولاً به في ذاك الوقت هو قانون التنفيذ الشرعي رقم أحد عشر لسنة ٢٠٠٦م ، والذي كانت قد نصت المادة الخامسة منه على أن : يختص رئيس التنفيذ بجميع المنازعات التنفيذية بما في ذلك ــ وذكر مهامه فذكر في الفقرة "د" منها ــ حبس المحكوم عليه ، حيث جاءت هذه المهمة على إطلاقها[١] . وبما أن

([١]) . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ٤٧٥١ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٦ م ، ص ٧٣١ . علما أنه بعد تعديل هذا القانون بموجب قانون التنفيذ الشرعي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣م بقي نص المادة فيما يتعلق بالحبس على حاله ، حيث نصت المادة الخامسة من قانون التنفيذ الشرعي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٠م على : أ- يختص

هذا القانون كان حديث العهد بالنسبة للتنفيذ الشرعي فقد عزَت المادة الرابعة عشرة منه على قانون التنفيذ المعمول به في المحاكم النظامية فيما لا ذكر له في هذا القانون ، حيث نصت على أنه : "في غير الحالات المنصوص عليها في هذا القانون ، تطبق أحكام قانون التنفيذ المعمول به ، ولهذه الغاية يمارس رئيس التنفيذ الشرعي صلاحيات رئيس التنفيذ ، ويمارس المأمور صلاحيات مأمور التنفيذ المنصوص عليها في ذلك القانون"(١) .

٢. بما إن قانون التنفيذ المعمول به لدى المحاكم النظامية عند صدور هذا القرار وحتى الآن هو قانون التنفيذ رقم خمسة وعشرين لسنة ٢٠٠٧م ، والذي ينص البند الأول من الفقرة "أ" من المادة الثالثة والعشرين منه على أنه "لا يجوز الحبس لأي من موظفي الدولة"(٢) . والذي جاء في شرحها أنه يرجع في ذلك لطبيعة عمل الموظف الحكومي ، لأن في حبسه تعطيلاً للمصلحة العامة ، يترتب عليه ضرر جسيم يفوق بكثير مصلحة الدائن ، فضلاً عن أن راتبه ضامن للإيفاء بالتزامه ، وإذا أحيل للتقاعد أو استقال ، أو ترك الوظيفة لأي سبب من الأسباب ، فتزول عنه الحصانة ، ويصبح حبسه جائزاً وفاء للدين المحكوم به(٣) .

وبناءً عليه ، وتوحيداً لعمل هذه المحكمة الاستئنافية ، وبياناً لما تراه صواباً في هذه المسألة فقد تشكلت هيئة هذا القرار الخماسي ، وبعد بحثها والمدارسة فيما بينها ، ولكون هذه المسألة تتعلق بموظفي البلديات والأثر المترتب على اعتبارهم موظفين حكوميين من عدمه ، وبالتالي مدى خضوعهم للمادة الثالثة والعشرين المذكورة ، فإنه وبعد الرجوع لنظام موظفي البلديات رقم ١٠٨ لسنة ٢٠٠٧م تبين أن المادة الثانية منه عرفت الموظف بأنه : الشخص

رئيس التنفيذ بجميع المنازعات التنفيذية بما في ذلك ما يلي : ١- الحجز على أموال المحكوم عليه أو الاشتراك فيه ، أو فك الحجز عنها . ٢- بيع الأموال المحجوزة . ٣- تعيين الخبراء . ٤- حبس المحكوم عليه . ٥- منع المحكوم عليه من السفر ، إلا إذا قدم كفيلا يضمن الوفاء بالمحكوم به . ٦- التفويض باستعمال القوة الجبرية . ب - يفصل رئيس التنفيذ في جميع الطلبات التنفيذية بالاستناد الى أوراق الملف دون دعوة الخصوم وله دعوتهم إذا اقتضى الأمر ذلك .

(١) . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ٤٧٥١ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٦ م ، ص ٧٣١ . وقد بقيت هذه المادة على ما هي عليه بعد تعديل هذا القانون بموجب قانون التنفيذ الشرعي رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠م .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ٤٨٢١ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦ م ، ص ٢٢٦٢ . وقد كانت مواد هذا القانون تسري على الأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية حتى سن قانون التنفيذ الشرعي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٦م . وإنشاء محاكم ودوائر مختصة للتنفيذ في المحاكم الشرعية .

(٣) . القضاة ، مفلح عواد (٢٠٠٨م) ، **أصول التنفيذ وفقا لأحدث التعديلات لقانون التنفيذ دراسة مقارنة** ، الطبعة الأولى / الإصدار الأول ، ص ١٣٧ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : العبودي ، عباس (٢٠٠٧م) ، **شرح أحكام قانون التنفيذ دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية لمحكمة التمييز** ، الطبعة الأولى / الإصدار الأول ، ص ١٦٤ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن .

المعين بقرار من المرجع المختص في وظيفة مدرجة في جدول تشكيلات الوظائف الصادر بمقتضى موازنة البلدية ، بما في ذلك الموظف المعين بموجب عقد ، ولا يشمل الشخص الذي يتقاضى أجراً يومياً[١] .

٣. نصت المادة الثانية والخمسين منه بشقيها "أ" و" ب" على أن تطبق على الموظفين أحكام نظام الخدمة المدنية النافذ المفعول في غير الحالات المنصوص عليها في هذا النظام . كما تطبق على موظفي البلدية أحكام كل من نظام الانتقال والسفر ، ونظام التأمين الصحي المدني ، ونظام علاوات الميدان الموحد لموظفي الحكومة النافذ ، أو أي تشريع آخر يحل محل أي منها[٢] .

وجاء في القرار إنه صدر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين القرار التفسيري رقم تسعة عشر لسنة ١٩٦٥م بتاريخ ١٩٦٥/١١/٨م ، والذي فسر فيه قانون الجامعة الأردنية واعتبرها مؤسسة حكومية[٣] ، وكذلك القرار التفسيري الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين برقم ثمانية لسنة ١٩٧٣م[٤] .

٤. صدر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين القرار التفسيري رقم واحد لسنة ١٩٨٠م بتاريخ ١٩٨٠/٣/٩م ، والذي فسر فيه قانون جامعة اليرموك ، واعتبرها مؤسسة حكومية[٥] .
٥. صدر أيضا القرار التفسيري الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين برقم ثمانية لسنة ٢٠٠١م ، والذي اعتبر أن الجامعات الأردنية يحكمها قانون الجامعات الأردنية وتعتبر مؤسسات وطنية حكومية رسمية .

وبما أن قانون البلديات هو قانون مماثل لقانون الجامعات الأردنية من حيث تعريف عناصر المؤسسة الرسمية التابعة للحكومة ، فيرى هذا القرار أن البلديات تعتبر أيضاً مؤسسات حكومية بالمعنى القانوني ، بالتالي فإن أموالها أياً كان مصدرها من أموال خزينة الدولة العامة أم غيرها ، فهي أموال حكومية وموظفيها من موظفي الحكومة .

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ٤٨٥٨ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/١١/١ م ، ص ٦٥٤٣ .
(٢) . المرجع السابق .
(٣) . ورد خطأ في تاريخ صدور هذا القرار التفسيري حيث جاء في القرار الخماسي أن القرار التفسيري صدر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين بتاريخ ١٩٦٥/١١/١٨م ، والصواب أنه صدر بتاريخ ١٩٦٥/١١/٨م . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد رقم ١٨٩٢ ، ص ٢٢٦٩ .
(٤) . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٢٤١٨ ، ص ٧٧٨ .
(٥) . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٢٩٢٨ ، ص ٧٧٣ .

٦. إضافة لهذا فقد صدر عن محكمة العدل العليا قرارها رقم ١٩٦٧/٥٥ بتاريخ ١٩٦٧/٨/١٤م ، ما مفاده أن قانون البلديات رقم تسعة وعشرين لسنة ١٩٥٥م ، والذي كان معمولاً به في ذاك الوقت ، تنص الفقرة الثالثة من المادة الثانية والخمسين منه على أن دائرة البلديات هي جهاز مركزي يساعد وزير الداخلية على مراقبة تطبيق أحكام هذا القانون والإشراف على إدارة البلديات ، وتقديم المشورة الفنية والتنظيمية لها . ولهذا فإن هذه الدائرة تعتبر قسماً من جهاز وزارة الداخلية[1] ، ويعتبر موظفوها موظفين حكوميين . وأضاف القرار أنه لا يشترط لاعتبار الموظف موظفاً حكومياً أن تكون وظيفته مصادقاً عليها بمقتضى قانون الميزانية العامة للدولة بل يكفي أن تكون الوظيفة محدثةً بالاستناد لأحكام أي قانون آخر .

٧. ذهبت محكمة استئناف عمان الشرعية في قرارها التنفيذي رقم (٣١٠٤) إلى أن كلمة موظفي الدولة الواردة في الفقرة "أ" من المادة الثالثة والعشرين من قانون التنفيذ رقم خمسة وعشرين لسنة ٢٠٠٧م[2] تشمل جميع العاملين في المؤسسات التابعة للدولة ويتقاضون رواتب دورية منها يمكن تنفيذ الحكم عليها ، ويشمل ذلك كل شخص يعمل في الوزارات والمؤسسات والدوائر الحكومية الرسمية وشبه الرسمية الأخرى التي تدخل ضمن نظام الدولة العام وتخضع لقوانينها ، كالبلديات ، والجامعات الرسمية ، والشركات غير الأهلية .

٨. تظهر العلة في أن عدم جواز حبس الموظف لكونه يتقاضى راتباً شهرياً يمكن الحسم منه . وإلا فإنه إذا كان المحكوم به أمراً لا يمكن الوفاء به من الراتب ، كالحضانة مثلاً ، فإن إلزام المحكوم عليه بتنفيذ حكم الحضانة الصادر بحقه ، ثم تمرده عن تنفيذه ، فإن المحكوم عليه المتخلف عن التنفيذ بلا سبب يحبس حتى الإذعان التام ، حتى لو كان موظفاً لزوال العلة التي شرعت لعدم الحبس[3] . إذ أن الحكم يدور مع

---

(1) . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ١٢٢٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٥/١/٥ م ، ص ٤٠٣ . وقد كان اسم وزارة الشؤون البلدية في ذلك التاريخ يندرج تحت اسم وزارة الداخلية للشؤون البلدية والقروية ، وبقيت على هذا الاسم حتى تاريخ ١٩٧٦م ، فصارت تسمى بوزارة الشؤون البلدية والقروية .

(2) . الجريدة الرسمية ، العدد ٤٨٢١ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦ م ، ص ٢٢٦٢ .

(3) . انظر القرار التنفيذي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ١٢٧٧ ، بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٢٧م انظر الرابط الارشيفي للقرارات الاستئنافية الشرعية :
https://qistas.com/jor/shs/appeal/?serial=668&SearchText=1277

علته وجوداً وعدماً[١] . وبناءً عليه فإنه متى ثبت الوفاء بالدين فـإن اسـتعمال حـق الحبس هذا يزول وينقضي[٢] .

٩. وفي هذا يقول المستشار عبد الفتاح مراد أن من شروط حبس المدين لدين النفقـة أن يثبت امتناعه عن تنفيذ الحكم ، مع قدرته على أداء ما حكم به ، فتقوم المحكمة بأمره إلا أنه يمتنع عن الأداء[٣] ، وعليه فما دام المحكوم عليه موسراً غير ممتنع عن أداء ما حكم به فلا يجوز حبسه .

- ملخص القرار .

رأت هذه المحكمة الاستئنافية أن ترجح النهج الذي سارت عليه فـي قرارهـا رقـم (٤٤٦) من اعتبار موظف البلدية موظفاً لا يجوز حبسه سواء كـان مصـنفاً أو موظفـاً براتب مقطوع . وفي حالة استقالته من عمله فإنه يصبح تحت النص الذي يبـيح جـواز حبسه ، حافظاً بذلك حق صاحب الحق في الحصول على حقه .

- ويلاحظ على هذا القرار أنه انشغل في رفع التناقض بـين القـرارين الاسـتئنافيين المتعارضين ، فقام بترجيح أحد القرارين على الآخر . إلا أنه غفل عن المهمة الأولى له في ذكره للنص الصريح لبيان نتيجة الاستئناف المقدم على قرار رئيس التنفيذ الذي تم استئنافه من حيث بيان تصديقه أو فسخه . إلا أن المتأمل يرى أنه جـاء مضـمناً بتصديق قرار رئيس التنفيذ في عدم إجابة طلب المحكوم لها حبس المحكوم عليه .

مع العلم أنه بعد تعديل قانون التنفيذ الشرعي رقم أحد عشر لسنة ٢٠٠٦م ، والاستعاضة عنه بقانون التنفيذ الشرعي رقم عشر لسنة ٢٠١٣م جاءت المادة الرابعة عشرة منـه لتـنص على أنه لا يجوز الحبس لأي من ، وذكرت موظفي الوزارات والدوائر والمؤسسات الرسمية والعامة الذين يتقاضون راتباً شهرياً[٤] . موضحة بذلك الأشخاص الـذين لا يجـوز حبسـهم

---

[١] . الزركشي ، **البحر المحيط** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٨٣ . وانظر أيضا : السرخسي ، **أصول السرخسي** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٨٢ . وانظر أيضا : ابن قدامة المقدسي ، **روضة الناظر وجنة المناظر** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢٥٩ . وانظر أيضا : القرافي ، **أنوار البروق في أنواء الفروق** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٢١٨ . وأيضا ج ٣ ، ص ٢٠٥ .

[٢] . أبو الخير ، عبد السميع عبد الوهاب (١٩٩٤م) ، **الحق في الحبس في الفقه الإسلامي والقانون المدني** ، بلا رقم طبعة ، ص ٢١٧ ، دار النهضة ، القاهرة ــ مصر .

[٣] . مراد ، عبد الفتاح (بلا تاريخ نشر) ، **دعوى الحبس لدين النفقة** ، بلا رقم طبعة ، ص ٥١ ، ٥٢ ، بلا دار نشر ، بلا مكان نشر . يبدو أن المؤلف هو من قام بطباعة هذا الكتاب دون الإشارة إلى دار الطباعة أو مكان النشر .

[٤] . الجريدة الرسمية ، العدد ٥٢٣٦ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٨/١٥ م ، ص ٣٨١٤ .

باعتبار وظيفتهم ، معللة أيضاً في عجز المادة سبب عدم جواز الحبس بتقاضيهم راتباً شهرياً ، والذي يمكن اقتطاع الدين المحكوم به منه ، وحصول المحكوم له على دينه .

- **المبحث الرابع : المشاهدة ، وأجرة المسكن .**

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في المشاهدة ، القرار رقم (٤٤٩٣١) .

المطلب الثاني : في أجرة المسكن .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : القرار رقم (١٨٩٠٤) .

الفرع الثاني : القرار رقم (٣٥٩٢٥) .

المطلب الأول : في المشاهدة ، القرار رقم (٤٤٩٣١)[١] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٩٨/٥/٣٠م ، بعد أن استأنف المدعي حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعوى طلب تعديل مشاهدة ، ولما رأته هذه المحكمة الاستئنافية من وجود المصلحة في العدول عن المبدأ المتبع سابقاً في مثل مسألة هذا القرار ، فقد صدر هذا القرار خماسياً . حيث صدر برأي أكثرية أعضاء الهيئة إذ خالف أحد الأعضاء لما ذهب إليه الأعضاء الأربعة الآخرون . كما تضمن هذا القرار الخماسي قراراً استئنافياً عادياً لنفس الدعوى المستأنفة فحمل نفس الرقم . ولوضوح معالم المسألة المستأنفة فيه ، وتوافق القرارات الاستئنافية الصادرة في موضوعها وعدم الحاجة للعدول عما يتبع فيها . فقد صدر فيها قراراً عادياً بهيئة ثلاثية .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي برد دعوى المدعي طلبه تعديل حكم مشاهدته لحفيدته ليصبح بتمكينه من مشاهدتها مرةً واحدةً في الأسبوع ، وذلك في مسكنه لكبر سنه وعجزه وعدم قدرته على الخروج من المسكن ، مسببة حكمها على أن المادة ١٦٣ من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م نصت على أنه : يتساوى حق الأم وحق الأب أو الجد لأب في رؤية الصغير ، عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته[٢] . فإن

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٣٩ .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ .

المقصود بتساوي حق الأم والأب والجد لأب في رؤية الصغير المطلوب مشاهدته هو مبدأ موضوع المشاهدة ، وليس مساواتهم في مدة المشاهدة . كما وأقامت حكمها أيضاً على أن الحاضنة لا تجبر على نقل الصغيرة إلى مكان من يريد مشاهدتها .

- مضمون القرار الخماسي .

حيث كان حكم المحكمة بالرد قائماً على مستندين ، الأول : أن مساواة الجد للأب في مشاهدة حفيده بالنسبة للأم والأب إنما هي في مبدأ المشاهدة ، وليس بمساواته بهما في مقدار المدة . والثاني : على عدم إجبار الحاضنة على نقل المحضون المطلوب مشاهدته لمكان إقامة طالب الرؤية والمشاهدة . ولِما رأته هذه المحكمة الاستئنافية من الحاجة للعدول عن المبدأ المتبع في مسألة مدة مشاهدة الجد لحفيده ، وهو المستند الأول للمحكمة الابتدائية في حكمها ، فقد تقرر العمل بالمادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية بإصدار قرار خماسي . ولعدم التعارض فيما بين القرارات الصادرة في عدم إجبار الحاضنة على نقل المحضون المطلوب مشاهدته لمكان إقامة طالب المشاهدة ، وهو المستند الثاني والذي اعتمدته المحكمة الابتدائية في حكمها الرد ، ولعدم الرغبة في العدول عن هذا المبدأ ، ولرغبتها في بقائه على حاله فقد صدر هذا القرار بهيئته الثلاثية المعتادة .

بعد مراجعة هذه المحكمة الاستئنافية لما ورد عنها من قرارات في موضوع مقدار مدة مشاهدة الجد لحفيده . تبين لها أنها ما يلي :

- ذهبت هذه المحكمة الاستئنافية في القرارين الصادرين عنها برقم (١٩٠٨٨)[١] ، ورقم (٢١٣٧٤)[٢] إلى أن مشاهدة الجد لأب لأحفاده تكون مرةً واحدةً في كل شهر على الإطلاق ، وهذا خلاف نص المادة ١٦٣ المذكورة .
- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. بما أن رؤية المحضون من قبل أهله حق مقرر في الشرع مندرج تحت باب صلة الرحم ، وما فيها من مصلحة المحضون وأقاربه ، وما تُحققه المشاهدة من أثرٍ إيجابيٍ على تربية المحضون وسلامة سلوكه وتصرفاته ، من خلال رعاية أهله وأقاربه له وعطفهم عليه وتوجيهه ، وإرشاده لما فيه الخير والنفع . فإن الحرمان

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٨ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٥٠ .

من الرؤية والمشاهدة ضررٌ منهيٌ عنه حيث جاء في محكمة التنزيل قول الله جل في علاه : ((لَا تُضَآرَّ وَالِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ))[١] .

حيث جاء في تفسير هذه الآية الكريمة أنه يتفرع منها حكمـــان ، الأول : حـــق الحضانة والإرضاع للزوجة وما أشبهه . فلا يحق للزوج أن يحوّل بين الوالدة وولدها بمنعها عن حضانته أو رؤيته ، أو ما أشبه ذلك . فإن ذلك مضارةٌ وحـــرجٌ عليهـــا . والثاني : نفي مضارة الزوجة للزوج بولد ، بأن تمنعه عن الرؤية ونحو ذلك[٢] .

٢. إنه من غير المعقول استخدام هذا الحق استخداماً تعسفياً بتعدد طلبات المشـــاهدة والإكثار منها ، واستخدامها كوسيلةٍ للإضرار بالحاضن وإشغاله بأخذ المحضون منه وإرجاعه له ، بالتستر تحت غطاء صلة الرحم وتواصلهم الإجتماعي فيما بينه . فكان لا بد من أن يصار للموازنة فيما بين حق طالب الرؤية والمشاهدة في حقه الذي يطلبه ، وبين حق الحاضن في ضياع وقته وبذله لجهده في تمكـــين طالـــب المشاهدة من مشاهدة المحضون ورؤيته . حيث أنه يصار خـــلال ذلـــك لإعـــداد المحضون وتجهيزه ليتمكن صاحب المشاهدة من أخذه ورؤيته ، وبخاصة فيما إذا كان المحضون صغيراً لا يحسن القيام بشؤونه بنفسه ، مما يتطلب من الحاضـــن أن يمضي وقته ، ويبذل جهده وربما إنفاق ماله باصطحاب المحضون وإيصـــاله لمكان المشاهدة المحدد . فكان لابد من تحديد فتراتٍ محددةٍ ، غير قريبـــةٍ مـــن بعضها ولا ببعيدةٍ ، تراعى فيها مصلحة كل واحـــدٍ مـــن الصـــغير والحاضـــن والراغب بالمشاهدة .

٣. جاء التفريق بين والديّ الصغير وغيرهما في مدة المشاهدة لما سبق ، ويقاس ذلك على خروج الزوجة لرؤية أبويها بأن تخرج لرؤية أبويها في كل جمعةٍ مـــرة ، والمحارم في كلِ سنة[٣] . ويقاس على ذلك أيضاً رؤية الأب لولده أو الأم لولدها

---

[١] . (البقرة : ٢٣٣) .

[٢] . الطباطبائي ، محمد حسين (١٤١٧هـ/١٩٩٧م) ، **الميزان في تفسير القرآن** ، الطبعة الأولى المحققة ، ج ٢ ، ص ٢٤٥ ، مؤسسة الأعلمي ، بيروت ــ لبنان .

[٣] . الحصكفي ، **الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٤٦ . وانظر أيضا : الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٥٨ . وانظر أيضا : منلا خسرو ، **درر الحكام شرح غرر الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٤١٦ . وانظر أيضا : ابن مودود الموصلي ، عبد الله بن محمود (١٣٥٦هـ/١٩٣٧م) ، **الاختيار لتعليل المختار** ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ٨ ، طبعة الحلبي ، القاهرة ــ مصر .

، لأن العلاقة بين رؤية الفرع لأصله ورؤية الأصل للفرع واحدة ، وهي علاقة الأصل بالفرع ، فتحدد الرؤية مرة كل أسبوع[١] . وبمثل هذا نُسب القول للحنفية بأنه إذا كان الولد عند الحاضنة فلأبيه رؤيته بحد أقصى كل أسبوع مرة ، وكذلك لأمه أيضا[٢] ، وفي كل شهر مرة لغير الأم[٣] .

٤. بمراجعة كتب المالكية نجد النص على أنه يقضى عندهم بمشاهدة الأم لأولادها الصغار كل يوم مرة لنظرها حالهم ، ولأولادها الكبار بكل جمعة مرة ، كوالديها فيقضى لهما بالدخول لها كل جمعة مرة[٤] .

٥. أعطي الحق للعمة في مشاهدة ابن أخيها مرة واحدة في الشهر ، وكذلك لبقية الأقارب[٥] . بالاستناد على ما جاء في الفتاوى المهدية عندما سئل العلامة المهدي[٦] في رجل أخذ ابنته من حاضنتها بعد بلوغ سن الحضانة ، ووضعها عند أخيها من أبيها ، فأرادت أم البنت أن تنظرها هي وخالة البنت التي كانت حاضنة لها قبل بلوغ سن الحضانة ، بسبب تزوج أم البنت ، في كل جمعة مرة ، أو في كل شهر مرة ، فهل تجابان لذلك ، وليس لأخ البنت المذكور منعهما من ذلك ؟ فأجاب : أنه لا تمنع الأم والخالة من رؤية البنت المذكورة ، وليس للأخ منعهما من ذلك بدون وجه شرعي ، والله تعالى أعلم[٧] .

([١]) . التكروري ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص ٢٨١ .

([٢]) . الزحيلي ، وهبة (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م) ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، الطبعة الواحدة والثلاثين ، ج ٧ ، ص ٦٩٩ ، ٧٠٠ ، دار الفكر ، دمشق ، سورية .

([٣]) . سمارة ، محمد (١٩٨٧م) ، **أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية** ، الطبعة الأولى ، ص ٣٨٥ ، مطبعة جمعية عمال المطابع التعاونية ، القدس ــ فلسطين . حيث يقول : "وهذا التقسيم والتحديد لا دليل عليه ، وهو تقسيم عقلي ، ولذا فيمكن أن يكون مقياسا ، ومقياسها هو ما قاله الشافعية والحنبلية بعد الإكثار لزيارة اليومية "هكذا وردت في هذا المرجع" .

([٤]) . المواق ، **التاج والإكليل لمختصر خليل** ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٥٤٨ ، ٥٤٩ . وانظر أيضا : الدردير ، **الشرح الكبير على مختصر خليل** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٥١٢ .

([٥]) . ملحم ، أحمد سالم (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) ، **الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني** ، الطبعة الأولى ، ص ٢٤٧ ، مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان ــ الأردن . وانظر ايضا : عمرو ، **القرارات القضائية في الأحوال الشخصية حتى عام ١٩٩٠ م** ، مصدر سابق ، ص ٣٠١ ــ ٣٠٣ .

([٦]) . هو محمد العباسي المهدي ، ابن محمد أمين بن محمد المهدي الكبير الحنفي ، الأزهري . ولد بالإسكندرية سنة ١٢٤٣ هـ تقريبا ، وتعلم بالقاهرة ، وتولى إفتاء الديار المصرية ، ومشيخة الجامع الأزهر ثم عزل عن المشيخة ، ثم أعيد إليها ، ثم استقال من منصبيه الإفتاء والمشيخة . توفي بالقاهرة سنة ١٣١٥ هـ / ١٨٩٧ م . انظر : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ٧٥ . وانظر أيضا : كحالة ، **معجم المؤلفين** ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ١٢١ .

([٧]) . المهدي ، محمد العباسي (١٣٠١هـ) ، **الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية** ، الطبعة الأولى ، ج ١ ، ص ٢٨٣ ، المطبعة الأزهرية المصرية ، القاهرة ــ مصر .

٦. جاء في الشرح الكبير في حديثه عن حضانة الولد : وللأب وغيره من الأوليــاء تعهده ــ أي الولد المحضون ــ عند أمه وأدبه وبعثه للمكتب[١] . ولا يتأتّى تعهد الصغير وتأديبه إلا برؤيته ومشاهدته . وبما أن الجد من أقرب الأولياء فيكون له الحق في مشاهدة حفيده .

- وعليه فإن هذه المحكمة الاستئنافية ترى أن تكون مدة مشاهدة الجد لحفيده وفقاً لحالتين ،

الأولى : أن يكون والد الصغير المطلوب رؤيته موجوداً .

والثانية : أن يكون والد المحضون المطلوب رؤيته غائباً ، أو مفقوداً ، أو فاقداً للأهلية .

ففي الحالة الأولى : يمكّن الجد لأب من مشاهدة حفيده مرةً واحدةً في الشهر ، ويقول القرار أن هذا أخذٌ بالقول المشهور في المذهب في الفتاوى المهدية . إلا أنه يلاحظ أن النص الوارد في الفتاوى المهدية واضح ولم يتطرق فيه للجد .

٧. ورد في رد المحتار على الدر المختار ما نصه : إن صلة الرحم تكون كل جمعة أو شهر . فتكون الزيارة للأقارب في كل جمعة أو شهر على ما ورد في بعــض الروايات[٢] .

أما الحالة الثانية : فيمكّن الجد لأب من مشاهدة حفيده مرةً واحدةً في كل أسبوع ، لأنه يقوم مقام الأب ، وذلك حفظاً لمصلحة الصغير وتعهده واختباره ، والإشراف على شــؤونه ، فيكون الجد لأب للصغير كأبيه فيقوم مقامه[٣] ، ويكون أقرب الناس إليه . ويظهر أن إعمــال هذا القول يحقق الصالح العام لكل الأطراف ، بالموازنة بين حقوق وواجبات كل طرف بما له وعليه .

وعليه ومن خلال هذا المبدأ الجديد فقد توجب على المحكمــة الابتدائيــة أن تكلــف المدعي توضيح دعواه بطلب تعديل المشاهدة ، وبيان فيما إذا كان أب الصغير الذي يرغــب

---

(١) . الدردير ، **الشرح الكبير على مختصر خليل** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٥٢٧ .

(٢) . ابن عابدين ، محمد (بلا تاريخ طبعة) ، **رد المحتار على الدر المختار** ، بلا رقم الطبعة ، ج ٥ ، ص ٢٦٤ ، دار إحياء التراث العربي ــ بيروت ــ لبنان .

(٣) . وهذا موافق للقانون المصري . انظر : عبد التواب ، **موسوعة الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ج١ ، ص ٦١٣ . وانظر أيضا : علي ، عبد الحليم محمد منصور والغزالي ، أحمد بخيت (٢٠٠٨،٢٠٠٩م) ، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي** ، الطبعة الأولى ، ص ٤٦٣ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ــ مصر .

بمشاهدته حاضراً أم غائباً ، وما في ذلك من أثر على حق المدعي في مدة مشاهدته لحفيده . وعليه فقد تقرر فسخ حكم المحكمة الابتدائية ، وإعادة الدعوى لمصدرها لإجراء الإيجاب .

- مضمون قرار المخالفة .

يرى عضو الهيئة المخالف أن نص المادة ١٦٣ التي يدور حولها القرار صريحٌ في منح الجد لأب حق مشاهدته لحفيده مرة واحدة بالأسبوع سواء أكان الأب حياً أم ميتاً حاضراً أم غائباً على اعتبار أن حرف "أو" الوارد في نص المادة "يتساوى حق الأم وحق الأب أو الجد لأب في رؤية الصغير ..." يأتي بمعنى الواو ، وأنه لا يستقيم المعنى بغير هذا . فيكون معنى المادة أنه يتساوى حق الأم وحق الأب والجد لأب في رؤية الصغير ..." . وبما أن تحديد مدة المشاهدة للأم والأب لم ينص عليه في قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م . فإنه يعمل بالمادة ١٨٣ من نص القانون ، والتي تنص على أن : "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة"[١] .

٨. الراجح عند السادة الحنفية أنه للأم أن تشاهد ابنها الصغير مرة في الأسبوع ، وساووا الأب فيها من هذه الجهة[٢] . ويرى العضو المخالف أنه بما أن نص المادة جاء مطلقاً في مساواة الجد لأب بالأم والأب ، فإنه لا يجوز أن يقيد هذا الإطلاق بحالة انعدام الأب أو غيابه أو فقدان أهليته ، وبما أن المطلق يأتي على إطلاقه ما لم يقم دليل على تقييده[٣] ، وحيث لم يرد دليل على تقييده ، فيجب أن يجري على إطلاقه . وأن يساوى الجد لأب بالأم والأب في مدة المشاهدة . وعليه فإنه يرى فسخ الحكم الابتدائية لهذا السبب لا لما ذهبت إليه أكثرية القرار الخماسي .

- ملخص القرار .

([١]) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ .

([٢]) . الجندي ، أحمد نصر (٢٠١١م) ، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني** ، بلا رقم طبعة ، ص ١٩٣ ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ــ مصر .

([٣]) . المادة ٦٤ من مجلة الأحكام العدلية . انظر : مجموعة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

تكون مدة مشاهدة الجد لحفيده متعلقة بوجود والد الصغير المطلوب رؤيته أو عدم وجوده ، فإن كان موجوداً فيمكّن الجد لأب من مشاهدة حفيده مرة واحدة في الشهر . أما إن كان غائباً فيمكّن الجد لأب من مشاهدة حفيده مرة واحدة في كل أسبوع ، لأنه يقوم مقام الأب .

ومما تجدر الإشارة إليه أن نص المادة هذه القائم عليها القرار قد تم تعديله بموجب القانون المؤقت رقم اثنين وثمانين لسنة ٢٠٠١م ، فكان نصها : أ- يتساوى حق الأم ، وحق الولي في مشاهدة الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته . ب- عند الاختلاف في مشاهدة الصغير تحدد رؤيته للأم والولي مرة كل أسبوع ، وللأجداد لأم والجدات مرة في الشهر ، ولباقي من لهم حق الحضانة مرة في السنة ...[١] . ثم عدلت هذه المادة لتصبح شاملة ومفصلة لسائر حالات المشاهدة والاصطحاب والزيارة بما يتناسب مع تطورات العصر ومتغيراته ، بإتاحة المجال للتواصل عن طريق وسائل الاتصال التكنولوجية الحديثة ، وذلك موجب القانون رقم ستة وثلاثين لسنة ٢٠١٠م[٢] .

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٤٥٢٤ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١م ، ص ٥٩٩٨ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٥٢ .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٧م ، ص ٥٨٠٩ . حيث نصت المادة ١٨١ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م على : أ- لكل من الأم والأب والجد لأب عند عدم الأب الحق في رؤية المحضون واستزارته واصطحابه مرة في الأسبوع والاتصال به عبر وسائل الاتصال الحديثة المتوفرة عندما يكون في يد أحدهما أو غيرهما ممن له حق الحضانة ، والأجداد والجدات حق رؤية المحضون مرة في الشهر ، وذلك كله إذا كان محل إقامة طرفي الدعوى والمحضون داخل المملكة . ب- إذا كان محل إقامة الولي الحاضن والمحضون خارج المملكة ، فللمحكمة تحديد أو تعديل مكان وزمان وكيفية رؤية المحضون واستزارته واصطحابه مرة في السنة على الأقل ثم يحدد ذلك كله مع مراعاة سن المحضون وظروفه وبما يحقق مصلحته ومصلحة طرفي الدعوى على أن لا يمنع الحكم الصادر في هذه الدعوى صاحب الحق في رؤية المحضون واستزارته واصطحابه من ذلك في محل إقامة المحضون . ج- إذا كان محل إقامة المحضون داخل المملكة ومحل إقامة صاحب حق الرؤية والاستزارة والاصطحاب خارجها فللمحكمة عند حضوره إلى المملكة تحديد أو تعديل مكان وزمان وكيفية رؤية المحضون واستزارته واصطحابه المدة التي تراها مناسبة مراعية سن المحضون وظروفه ، وبما تراه محققاً لمصلحته ومصلحة طرفي الدعوى . د - في الأحوال المنصوص عليها في الفقرتين "ب" و "ج" من هذه المادة للمحكمة الإذن بمبيت المحضون عند صاحب الحق في الرؤية المدة التي تراها مناسبة وبالضوابط المذكورة . هـ- لطالب الرؤية والاستزارة والاصطحاب والاتصال بالمحضون الاتفاق مع الحاضن على تحديد زمان ذلك ومكانه وكيفيته ، فإذا لم يتفقا يعرض القاضي على الطرفين أو الطرف الحاضر منهما زماناً ومكاناً وكيفية لذلك ويستمع لأقوالهما أو الحاضر منهما بهذا الخصوص ثم يحدد ذلك كله مراعياً سن المحضون وظروفه وبما يراه محققاً لمصلحته ومصلحة طرفي الدعوى . و - يتضمن حكم الرؤية والاستزارة والاصطحاب إلزام المحكوم له بإعادة المحضون إلى حاضنه بعد انتهاء المدة المقررة وعلى المحكمة بناء على طلب الحاضن منع سفر المحضون ضماناً لحقه . ز - يلزم طالب الرؤية بدفع ما تقدره المحكمة من نفقات لتنفيذ الرؤية عند طلب الحاضن ، ويستثنى من ذلك نفقات إحضار المحضون إلى المملكة .

المطلب الثاني : في أجرة المسكن .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : القرار رقم (١٨٩٠٤) .

الفرع الثاني : القرار رقم (٣٥٩٢٥) .

الفرع الأول : القرار رقم (١٨٩٠٤)[١] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٧٦/٤/٢٩م ، بعد أن قام المدعى عليه باستئناف حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعوى طلب أجرة حضانة ورضاع ومسكن . وحيث صدر عن هذه المحكمة قرارات استئنافية يخالف بعضها البعض ، ولبيان وجهة نظر هذه المحكمة الاستئنافية والمنهج الواجب السير وفقه ، فقد صدر هذا القرار خماسيا ، علماً أن هيئة هذا القرار كان أحد أعضائها منتدباً .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي على المدعى عليه بمبلغ دينار واحد وخمسمائة فلس شهرياً أجرة حضانة المدعية لابنتها الصغيرة المتولدة لها من المدعى عليه ، وبمبلغ دينار واحد شهرياً أجرة إرضاع المدعية لابنتها الصغيرة المتولدة لها من المدعى عليه ، وذلك اعتباراً من تاريخ الحكم . كما وحكمته بمبلغ ثلاثة دنانير شهرياً أجرة مسكن لتمسك المدعية فيه ابنتها الصغيرة المتولدة لها من المدعى عليه ، وذلك اعتباراً من تاريخ الطلب الواقع في ١٩٧٥/١١/٢٧م . حيث أقامت حكمها على الدعوى والطلب والإخبار بعد عدم اتفاق طرفي الدعوى على مقدار الأجور المطلوبة .

- مضمون القرار الخماسي .

بما أن حكم المحكمة الابتدائية المتعلق بأجرتي الحضانة والرضاع كان موافقا للأصول ، ولموافقة القرارات الاستئنافية الصادرة في هذا الموضوع لبعضها البعض ، ولعدم رغبة

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٣٧ .

المحكمة الاستئنافية في العدول عن المبدأ الذي تتبعه في مثل هذا ، فتقـرر تصـديق حكـم المحكمة الابتدائية . أما الشق الثاني من الحكم المتعلق بفرض أجرة المسكن اعتبارا من تاريخ طلب المدعية لهذه الأجرة ، وبعد اطلاع هذه المحكمـة الاسـتئنافية ومراجعتهـا للقـرارات الصادرة عنها في هذه المسألة تبين لها ما يلي :

- ذهب القرار رقم (١٦٠٧٦)[١] ، والقرار رقم (١٧٠٩٣)[٢] إلى اعتبار أجرة المسكن من تاريخ الحكم .
- بينما كانت القرارات رقم (١٤٤٩٨)[٣] ، والقرار رقم (١٧٧١٩)[٤] ، وكذلك القـرار رقم (١٧٩٩٩)[٥] قد اعتبرت تاريخ فرض أجرة المسكن اعتباراً من تاريخ الطلـب ، بل إن منها أيضاً من عدل الحكم الابتدائي الذي اعتبر تاريخ الأجرة من حين الحكم ، ليعدله ويصير اعتباراً من تاريخ الطلب .

ولمّا كان هذا هو واقع الحال في هذه المسألة ، فقد استوجبت الحاجة إصدار قرار خماسي لتبيين التاريخ الذي يعمل به في اعتبار فرض أجرة المسكن ،

- بالاطلاع والبحث فيما يخص هذه المسألة تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. قيل أن أجرة المسكن هي جزء من نفقة الولد ، حيث قال الإمام ابن عابدين : إن القول بوجوب أجرة المسكن ليس مبنياً على وجوب الأجر على الحضانة بل على وجـوب نفقة الولد ، فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلاً بل تسكن عنـد غيرهـا ، فكيـف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الولد ، بل الوجه لزومه على من تلزمه نفقته ، فـإن المسكن من النفقة[٦] . وقال أيضاً في رسالته الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة ،

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٦ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٩ .
(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢١ ، ج ٢ .
(٤) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٣٢ .
(٥) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٣٣ .
(٦) . ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٦٣٧ .

أنه قيل أن النفقة والسكنى توأمان لا ينفك أحدهما عن الآخـر[١] . كمـا أن الشـيخ الأبياني قال : إن نفقة الصغير على أبيه ، والسكنى نوع من أنواعها ...[٢] .

وبما إن النفقة تفرض اعتبارا من تاريخ طلبها ، فقد رأى هذا القرار أن يتم التفريق بـين حالتين في طلب أجرة مسكن الحضانة ، وهما :

١- أن تكون المدعية مستأجرة لمسكن للحضانة .

٢- ألا تكون المدعية قد استأجرت مسكناً للحضانة بعد .

ففي الحالة الأولى فإن الحكم في الدعوى بعد ثبوتها يكون اعتباراً من تـاريخ الطلـب ، لكونها قد استأجرت مسكناً للحضانة ، والذي هو من لوازم الصغير ، وملحق بنفقته . وبما أن المادة ١٢٠ من قانون العائلة[٣] كانت قد نصت على اعتبار نفقة الصغار من تاريخ الطلـب ، وحيث أن المدعية قد استأجرت مسكن الحضانة الذي هو تبع للنفقة ، فتفرض أجرة المسـكن من تاريخ الطلب في هذه الحالة .

أما في الحالة الثانية فإن فرض الأجرة بعد ثبوتها يكون اعتباراً من تـاريخ الحكـم ، فصحيح أنه كما ذكر من أن أجرة السكن تكون من ضمن النفقة ، إلا أنه وتحقيقـاً للعدالـة ، ولكون المدعية لم تكن قد استأجرت مسكناً بالفعل ، ولم تدفع شيئاً لثمن الأجرة ، فإن أجـرة المسكن تفرض اعتباراً من تاريخ الحكم لا من تاريخ الطلب ،

٢. نص الفقهاء على أنه لو كان للصغير مسكن أو لحاضنته ، فليس لها أن تطالب بأجرةٍ لمسكن الحضانة[٤] ، ولكون الحاضنة كانت تسكن وتحضن الصغير في مسـكن دون أن تدفع لأجرته شيئاً ، فكأنها كانت تقيم في مسكن الصغير أو مسـكنها . فـالأولى لزومه على من تلزمه النفقة .

---

(١) . ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (بلا تاريخ طبعة) ، **مجموعة رسائل ابن عابدين** ، بلا رقم طبعة ، ، الرسالة الحادية عشرة ، ج ١ ، ص ٢٧٣ ، بلا دار نشر ، بلا مكان نشر .

(٢) . الأبياني ، محمد زيد (بلا رقم طبعة) ، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية** ، بلا تاريخ طبعة ، ج ٢ ، ص ٧٥ ، مكتبة النهضة ، بغداد ـــ العراق .

(٣) . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ٧٦٤ ، الصادر بتاريخ ١٩٤٣/٤/١ م ، ص ٧٨ . وإن قانون الأحوال الشخصية الذي كان معمولا به وساري المفعول عند صدور هذا القرار هو قانون العائلة رقم ٩٢ لسنة ١٩٥١م ، والذي نصت المادة ١٢٠ منه على أنه : "تفرض نفقة الصغار وفاقدي الأهلية اعتبارا من تاريخ الطلب" .

(٤) . الأبياني ، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٧٥ . وانظر أيضاً : ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٦٣٧ .

٣. إن ما سبق موافق لقواعد العدالة ، والتي هي الهدف الأسمى للقضاء وفصل الخصومات فيما بين المتداعيين . وبما أن المحكمة الابتدائية كانت قد حكمت للمدعية بأجرة مسكن الحضانة اعتباراً من تاريخ طلب الأجرة ، وحيث إن المدعية لم تكن مستأجرةً لأي مسكن للحضانة ، بل كانت تحضن الصغير في مسكنٍ لمتبرع ، وعليه وعملا بما تم ترجيحه في هذا القرار ، فقد تقرر تصديق الحكم الابتدائي معدلاً ليصبح باعتبار فرض الأجرة من تاريخ الحكم .

- ملخص القرار .

إذا طالبت المدعية بأجرة سكن لحضانة الصغير ، وكانت مستأجرة لمسكن فتفرض الأجرة لها اعتباراً من تاريخ الطلب، أما إن لم تكن مستأجرة لمسكن، فتفرض لها الأجرة من تاريخ الحكم (مع العلم الإشارة إلى أنه تم إلغاء هذا المبدأ بعد صدور القانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م).

ذلك إنه لمّا كان الخصوم قد استعملوا هذه المبدأ في غير ما شرع له بإثارة الدفوع في الدعوى لغرض إطالة أمدها للهروب من أجرة الفترة الواقعة بين الطلب والحكم ، ولمّا كانت إجراءات التقاضي قد تطول أو تقصر ، ودرءا لمفسدة التحايل ، فقد انتبه المقنن لهذه المسألة الأمر الذي دعا لتعديل هذه المادة بما فيه من مراعاة للمصلحة ، بإيجاد نص صريح يوجد المنهج في هذا الشأن ، فنصت المادة ١٧٩ من قانون الأحوال الشخصية رقم ستة وثلاثين لسنة ٢٠١٠م على أن تفرض أجرة مسكن الحاضنة حسب قدرة المنفق يسراً وعسراً من تاريخ الطلب سواءٌ أكانت المدعية مستأجرةً لمسكن أم لم تكن مستأجرةً لمسكن[1] .

الفرع الثاني : القرار رقم (٣٥٩٢٥)[2] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٩٣/٧/٣م ، بعد أن قامت المدعية باستئناف حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعوى طلب أجرة مسكن ، وحيث صدر عن هذه المحكمة قراراتٍ استئنافيةٍ يخالف بعضها البعض ، ولتوحيد منهجية عمل المحكمة الاستئنافية ، فقد صدر هذا القرار خماسياً ، ليبين وجهة نظر هذه المحكمة في المسألة التي تم فيها التعارض والاختلاف ، علما أن أحد أعضاء هيئة هذا القرار كان عضواً منتدباً فيها . كما أن هذا القرار قد صدر برأي أكثرية أعضاء هيئته ، إذ خالف أحد الأعضاء لما ذهب إليه الأعضاء الأربعة الآخرون .

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٧م ، ص ٥٨٠٩ .

(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٢٢ .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي برد دعوى المدعية طلبها أجرة مسكن لحضانة ابنها من المدعى عليه ، والبالغ من العمر ست سنوات ، والتي أقامت المحكمة الابتدائية فيها حكمها على إبراء المدعية للمدعى عليه من أجرة المسكن ، والموثقة في وثيقة الطلاق المسجلة بينهما .

- مضمون القرار الخماسي .

بمراجعة هذه المحكمة الاستئنافية لما صدر عنها من قرارات في هذا الموضوع تبين لها ما يلي :

- القرار الصادر عن هذه المحكمة برقم (٢٠٩٠٢)[١] اعتبر الإبراء من أجرة الحضانة وأجرة المسكن لمدة الحضانة صحيح ، لأن مدة الحضانة معلومةٌ شرعاً .
- بينما صدر عنها القرار رقم (٣٠٤٠٨)[٢] ، والذي اعتبر أن الإبراء من أجرة الحضانة طيلة مدة الحضانة غير صحيح لجهالة مدة الحضانة .

فكما يظهر من حصول الاختلاف فيما ذهب إليه هذان القراران في هذه المسألة ، ولبيان المبدأ المعتمد الواجب اتباعه والحذو حذوه ، فقد تشكلت هذه الهيئة الخماسية ، وحيث إن جوهر الخلاف بين هذين القرارين هو أن مدة حضانة الصغير هل هي معلومة أم مجهولة . وللوقوف على ذلك ، وبعد البحث في هذه المسألة ، ومراجعة المادة ١٦٢ من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م ، والتي تبين مدة الحضانة ، تبين أن نصها كالآتي : "تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم"[٣] . فيظهر أن مدة الحضانة للأم تكون حتى بلوغ الصغير . وفي تحديد سن البلوغ نصت المادة ٩٨٦ من مجلة الأحكام العدلية على أن : "مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة ، وفي المرأة تسع

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٤٧ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٩٢ .
(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ .

سنوات ، ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة"[١] . كما ونصت المادة ٩٨٧ من مجلة الأحكام العلدية على أن : "من أدرك سن البلوغ ، ولم تظهر عليه آثار البلوغ يعد بالغاً حكماً"[٢] .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذ القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. إن سن البلوغ أمرٌ متفاوتٌ بين الذكور والإناث ، وكذلك بين أفراد الجنس نفسه ، بما يتدخل في ذلك من عوامل متعددة . إلا أن هذا التفاوت لا يشكل جهالة تفضـي إلـى المنازعة ، حيث عالجت المادة ٩٨٩ من المجلة مسألة معرفة بلوغ المراهق من عدمه ، فنصت على أنه : "إذا أقر المراهق أو المراهقة في حضور الحـاكم ببلوغـه فـلا يصدق إقراره إن كان ظاهر الحال مكذباً له ، بأن كانت جثته لا تتحمل البلوغ . أمـا إذا كان ظاهر الحال غير مكذب له ، بأن كانت جثته متحملة البلوغ ، فيصدق وتكون عقوده وإقرارته نافذة معتبرة"[٣] . وبهذه المادة فإنـه لا تتشـكل أي صـعوبةٍ علـى المحكمة في تحديد البلوغ عند التنازع فيه .

٢. إن غالب سن البلوغ لدى المراهقين هي خمس عشرة سنة ، كما عند أكثر الفقهـاء . حيث اعتبر الإمامان أبو يوسف ومحمد أن من بلغ هذه السن فقد بلغ[٤] . حيث قـال المرداوي[٥] وابن قدامة[٦] : أن البلوغ يوجد في خمس عشرة عاماً غالباً ، ولا يمنـع من وجوده قبله[٧] . كما جاء في المجموع أنه تعتبر سن البلوغ بخمسة عشر[١] .

---

(١) . مجموعة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ١٩٠ .

(٢) . المرجع السابق ، ص ١٩٠ .

(٣) . المرجع السابق ، ص ١٩١ .

(٤) . الميداني ، **اللباب في شرح الكتاب** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٧١ . وانظر أيضا : ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٤٦ . وانظر أيضا : المنبجي ، علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) ، **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب** ، الطبعة الثانية ، ج ٢ ، ص ٥٩٢ ، الدار الشامية ، بيروت ــ لبنان .

(٥) . هو علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ثم الدمشقي . فقيه حنبلي . ولد في مردا "قرب نابلس" ، وانتقل في كبره إلى دمشق فتوفي فيها سنة ٨٨٥ هـ/١٤٨٠م . من كتبه "الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف" ، انظر : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٩٢ .

(٦) . هو شمس الدين ، أبو الفرج ، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي . فقيه من أعيان الحنبلية . ولد وتوفي في دمشق سنة ٦٨٢هـ/١٢٨٣م . وهو أول من ولي قضاء الحنبلية بها ، استمر فيه نحو ١٢ عاما ثم عزل نفسه . انظر : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٣٢٩ . وانظر أيضا : الكتبي ، محمد بن شاكر (١٩٧٤م) ، **فوات الوفيات** ، ج ٢ ، ص ٢٩١ ، دار صادر ، بيروت ــ لبنان .

(٧) . المرداوي ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، مصدر سابق ، ١٠ ، ١٨٧ . وانظر أيضا : ابن قدامة المقدسي ، أبو الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، (بلا تاريخ طبعة) ، **الشرح الكبير على متن المقنع** ، بلا رقم طبعة ، ج ١٠ ، ١٩٠ ، دار الكتاب العربي ،

٣. قيل بجواز التأقيت للوصية حتى البلوغ ، فلو قال الموصي : أوصيت لك حتى بلـــوغ ابني ، جاز ذلك[٢] .

٤. حيث إن الخلع والطلاق على مال يشتركان في البدل الذي يتم الخلع بـــه أو الطـــلاق على مال عليه[٣] ، فإن الجهالة اليسيرة غير الفاحشة محتملة في الخلع[٤] ، فقد جاء أنه إن سمى الزوج شيئاً معلوماً موجوداً يجب المسمى . وإن سمى مجهـــولاً لا جهالـــة مستدركة فكذلك ، وإن فحُشت الجهالة وتمكن الخطر[٥] بأن خالعها على ما يثمر نخلها العام ، أو على ما في البيت من المتاع ولم يكن فيه شيء ، أو على مطلق ثوب دون تفصيل له ، بطلت التسمية[٦] .

٥. بالإضافة لما جاء أنه لو خالع الزوج امرأته على ما في بطن جاريتها أو غنمها صح ، لأن ليس فيه جهالة مستتمة[٧] . وجاء أيضاً أنه إن جعل الزوجان الخلع مالاً يصـــح مهراً لغرر أو جهالة صح الخلع به ، ووجب فيما يجهل حالاً ومـــألاً كـــدار وثـــوب ونحوهما أدنى ما يتناوله الاسم . وأما فيما يتبين في المال كحمل أمتها ومـــا يحمـــل شجرها ، وما في بيتها من متاع أو في يدها من الدراهم فله ما يتكسب أو يحصل منه ، ولا شيء عليها لما يتبين عدمه إلا ما كان بتغرير كمسألة المتاع والدراهم ، فيلزمها ثلاثة دراهم وأدنى ما يسمى متاعاً[٨] .

بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : ابن قدامة المقدسي ، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي (١٣٨٨هـ/١٩٦٨م) ، **المغني** ، بلا رقم طبعة ، ج ٩ ، ص ٥٥ ، مكتبة القاهرة ، القاهرة ــ مصر .

(١) . النووي ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (بلا تاريخ طبعة) ، **المجموع شرح المهذب** ، بلا رقم طبعة ، ج ١١ ، ص ٥٨ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان .

(٢) . البكري الدمياطي ، عثمان بن محمد شطا (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) ، **إعانة الطالبين** ، الطبعة الأولى ، ج ٣ ، ص ٢٥٥ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : الأنصاري ، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) ، **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٢٤ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : الخطيب الشربيني ، محمد بن أحمد (بلا تاريخ طبعة) ، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٣٩٨ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان .

(٣) . السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ .

(٤) . الكاساني ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود (١٤٠٢هـ/١٩٨٢م) ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، الطبعة الثانية ، ج ٢ ، ص ٢٨٥ . وأيضا : ج ٣ ، ص ١٤٧ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ــ لبنان .

(٥) . كما جاء في نص المرجع المشار إليه أدناه .

(٦) . البغدادي ، غانم بن محمد (بلا تاريخ طبعة) ، **مجمع الضمانات** ، بلا رقم طبعة ، ص ٣٥٣ ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ــ مصر . وانظر أيضا : ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٩٦ . وانظر أيضا : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢٨٥ . وأيضا : ج ٣ ، ص ١٤٨ .

(٧) . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٨٣ .

(٨) . ابن تيمية ، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م) ، **المحرر** ، الطبعة الثانية ، ج ٢ ، ص ٤٦ ، مكتبة المعارف ، الرياض ــ السعودية .

٦. إن القاعدة التي تقول أن الإبراء من الشيء قبل وجوده باطل ، فهـي ليسـت علـى الإطلاق ، حيث استثنى الفقهاء بعضاً من صور الإبراء عن الشيء قبل وجوده ، من ذلك أجرة الحضانة والرضاع[١] ، حيث أجاز الفقهاء الإبراء منها قبل الفرض قياسـاً على نفقة العدة نظير الخلع لاتحاد العلة . فأجاز الفقهاء المخالعة على أن ترضع ولدها مدة الرضاع ، أو تحضنه بلا أجر[٢].

٧. عوداً على مسألة الاختلاف في سن البلوغ فقد جاء في رد المحتار : "... وإن خالعها على إرضاع ولده سنة وعلى نفقة ولده بعد الفطام عشر سنين يصح. والجهالة لا تمنع هنا ــ وأضاف ــ نعم يرد أن يقال أن مدة البلوغ مجهولة ، ولعل الجهالة تغتفر لأن الغالب البلوغ في خمسة عشر"[٣] . وقيل أيضاً : وإن اختلعت على نفقة العدة سـقطت النفقة[٤] ، مع العلم أن زمن العدة متفاوت ما بين امرأة وأخرى ، فقد تطـول العـدة للمرأة ممتدة الطهر ، وقد تنقضي بأيام قليلة بوضع الحامل لحملها .

٨. إن الأبلغ إجازة في هذا السياق ، والذي يفوق كل ما سبق ذكره ، هو ما جـاء فـي البدائع من أنه لو قالت "الزوجة لزوجها" : اخلعني على ما في يدي مـن دراهـم أو دنانير أو فلوس فإن كان في يدها شيء من ذلك فهو له قل أو كثر، لأنها سمت مـالاً متقوماً ، والمسمى موجود فصحت التسمية ، وإن كان المسمى مجهول القيمة وله مـا في يدها من الجنس المذكور قل أو كثر لأنه ذُكر[٥] . فيكون من باب أولـى إجـازة التنازل عن أجرة المسكن حتى البلوغ مقابل الطلاق ، لأن الجهالة أيسر كثيراً .

وعليه ، وبما أن الطلاق الذي تم بين المتداعيين على ما فيه كان بناء علـى الاتفـاق الجاري بينهما بمحض إرادتهما والتزامهما بموجبه ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : "المسلمون

---

(١) . داود ، **القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٤٣٦ . وانظر أيضا : عمرو ، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية حتى عام ١٩٩٠م** ، مصدر سابق ، ص ٦ .

(٢) . ابن رشد ، محمد بن أحمد (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م) ، **البيان والتحصيل** ، الطبعة الثانية ، ج ٥ ، ٣٣٩ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : الكاساني ، ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢٨٥ . وأيضا : ج ٣ ، ص ١٤٩ .

(٣) . ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٥٦٨ .

(٤) . الشلبي ، **حاشية الشلبي** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢٧٣ . وانظر أيضا : داود ، أحمد محمد علي (١٤٣١هـ/٢٠١٠م) ، **الصكوك والتوثيقات في المحاكم الشرعية** ، الطبعة الأولى ، ج ١ ، ٤٤٤ ، ٤٤٥ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : الرافعي ، عبد القادر (١٣٢٣هـ) ، **التحرير المختار لرد المحتار المعروف بتفريدات الرافعي على حاشية ابن عابدين** ، الطبعة الأولى ، ج ١ ، ص ٢٣٥ ، المطبعة الأميرية ، بولاق ــ مصر .

(٥) . الكاساني ، ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٤٨ .

عند شروطهم"[١] . وحيث تبين أن مدة الحضانة لا تدخل ضمن الجهالة الفاحشة . ولأن الإبراء من أجرة المسكن كان بعوض وهو الطلاق ، ولم يكن الإبراء إسقاطاً بل كان إبراء معاوضة ، وقد أبدى الطرفان الالتزام به ، وهذا دليل على قدرتهما على الوفاء بما التزاما وأقرا به . وبخلاف ذلك ، فإن هذا يكون نقضاً لما تم من جهتهم ، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه[٢] .

لكل ما سبق قررت هذه المحكمة الاستئنافية اعتماد ما كان قد ذهب إليه القرار رقم **(٢٠٩٠٢)**[٣] المذكور ، ولكون حكم المحكمة الابتدائية جاء موافقاً لهذا القرار ، فقد تقرر تصديق حكمها ، وإعادة الدعوى إليها .

- مضمون قرار المخالفة .

يرى العضو المخالف أن تنازل المدعية عن أجرة مسكن الصغير غير ملزم لها لسببين ، الأول : لأنه يتعلق بحق الصغير إذ إن السكن جزء من النفقة[٤] ، والتنازل لا يعتبر عوضاً عن المخالعة . والثاني : أن مدة هذا التنازل غير معلومة ، والشرط في ذلك على فرض صحة هذا التنازل أن تكون المدة معلومةً ، وبما أن تنازل المستأنفة جاء عن أجرتي الحضانة والمسكن في فترة الحضانة ، والتي لا يمكن تحديدها سلفاً ولا يمكن معرفتها مسبقاً ، لامتدادها إلى البلوغ إن بقيت الأم حابسةً لنفسها وحاضنةً لصغارها ، كما نصت على ذلك المادة ١٦٢

---

(١) . البخاري ، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٩٢ . وانظر أيضا : البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م) ، **شعب الإيمان** ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرشد ، الرياض ، السعودية .

(٢) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، المادة ١٠٠ ، ص ٢٨ .

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٤٧ .

(٤) . ويرى العلامة ابن عابدين أن أجرة المسكن حق للصغير ، وهو يأتي تحت باب النفقة ، وبذلك قال الشيخ الأبياني أيضا فرأى أنها نوع من أنواع نفقة الصغير . حيث قال الإمام ابن عابدين أنه قيل أن النفقة والسكنى توأمان لا ينفك أحدهما عن الآخر . انظر : ابن عابدين ، **مجموعة رسائل ابن عابدين** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٢٧٢ ، ٢٧٣ ، بلا دار نشر ، بلا مكان نشر . وانظر أيضا : الأبياني ، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٧٥ . وحتى لو كانت الأجرة هي حق للصغير فلا تثريب بالمخالعة عليها ، لما نص عليه الفقهاء من جواز المخالعة على نفقة الابن . في حين يخالف الدكتور التكروري هذا فيرى أن أجرة الحضانة هي حق للزوجة لا للصغير . انظر : التكروري ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص ٢١٠ .

من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م[1] . وكما ذكــر ســابقاً مــن أن البلوغ متفاوت ومختلف من شخص لآخر .

كما يرى العضو المخالف أن ما ذكرته المادة نصت المادة ٩٨٦ من مجلة الأحكام العدلية بقولها أن : "مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة ، وفي المرأة تسع سنوات ، ومنتهــاه في كليهما خمس عشرة سنة" . فهذا الفرق بين مبدأ سن البلوغ ومنتهاه ليس من قبيل الجهالــة اليسيرة .

٩. يرى الدكتور السرطاوي أن المخالعة على الإنفاق على الولد مدة عشر سنوات مــثلا يفضي إلى الجهالة ، لأن النفقة تختلف من وقت لآخر فلا تصح المخالعة عليها[2] .

١٠. يجد الباحث أن اختلاف مدة الحضانة تبعاً للبلوغ تقاس على الاخــتلاف فــي النفقة . كما ويستدل هذا العضو أيضا بالمادة ١٠٩ من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م[3] ، حيث إن مفضاها لا يؤدي للنزاع إذا حــددت المــدة بالأشهر أو السنوات ، أما السكوت عن تحديدها فإن الرجوع عليها بحسب هذه المادة يكون داخلاً في الجهالة ، ولا يمكن الحكم له به . وعليه فهو يرى أن ما حكمت بــه المحكمة الاستئنافية غير صحيح ، فيجب فسخه وإعادة الــدعوى لمصــدره لإجــراء الإيجاب .

١١. يلاحظ أن مسألة هذا القرار ، وهي مدة الحضانة ومدى جواز الإبراء فيها من أجرة المسكن أو الحضانة قد سبق فيها صدور أحكام استئنافية يخالف بعضها البعض الآخر ، إلا أن ذلك لم يكن ضمن دعوى الموضوع الواحد ، فمرة كانت ضمن دعوى

([1]) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ . حيث نصت المادة ١٦٢ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م على أن : "تمتد حضانة الام التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم" .

([2]) . السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ . ويجد الباحث أنه يقاس على النفقة مدة الحضانة .

([3]) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ . حيث نصت المادة ١٠٩ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م على أنه : "إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو حضانته أو اشترط إمساكها له بلا أجرة مدة معلومة أو إنفاقها عليه ، فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجرة إرضاع الولد وحضانته ونفقته عن المدة الباقية . أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت" .

أجرة المسكن والحضانة كما في القرار (٢٠٩٠٢)[١] المذكور ، ومرة أخـرى كانـت ضمن دعوى أجرة الحضانة فقط كما في القرار (٣٠٤٠٨)[٢] المذكور .

- ملخص القرار .

إن إبراء الزوجة لمطلقها من أجرة حضانتها لأولاده مقبول ومعتبر لانتفاء الجهالة الفاحشة .

وعليه فإن ما جاء به هذا القرار ينسحب على أجرة الحضانة أيضاً ، ويندرج تحت هـذا المبدأ الذي تم ترجيحه بأن الإبراء من أجرة المسكن أو الحضانة مقابل الطلاق يعمـل بـه ، وواجب على الطرفين الوفاء بما التزما به .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٤٧ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٩٢ .

- **المبحث الخامس : الحجر ، والوقف .**

وفيه مطلبين :

المطلب الأول : في الحجر ، القرار رقم (٢٠٨٥٣) .

المطلب الثاني : في الوقف ، القرار رقم (١٤٧٢٦) .

المطلب الأول : في الحجر ، القرار رقم (٢٠٨٥٣)[١] .

الحجر في اللغة معناه : المنع[٢] ، وفي الإصطلاح : منع نفاذ تصرف قولي[٣] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٧٩/٧/٩م ، بعد أن رفعت المحكمة الابتدائية دعوى طلب الحجر ، والتي حكمت فيها بإيقاع الحجر على المدعى عليه . على اعتبار أن مثل هذه الدعاوى تخضع للمادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م[٤] ، وحيث سبق وإن صدر قراران في ذات هذا الموضوع يخالف كل واحد منهما الآخر ، فقد صدر هذا القرار خماسياً .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية بإلقاء الحجر على المدعى عليه لعدم قدرته على تحمل المسؤولية وإدارة أعماله ، مقيمة حكمها على تقرير اللجنة الطبية المكونة من طبيبين اثنين المؤيد بشهادتهما.

- مضمون القرار الخماسي .

بالتدقيق ومراجعة ما صدر عن هذه المحكمة الاستئنافية من قرارات تتعلق بهذا الخصوص ، تبين لها أنه ما يلي :

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٤٧ .

(٢) . الجوهري ، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٦٢٤ ،

(٣) . داماد أفندي ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده (بلا تاريخ طبعة) ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٤٣٧ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : الميداني ، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي (بلا تاريخ طبعة) ، **اللباب في شرح الكتاب** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٦٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : منلا خسرو ، محمد بن فرامرز بن علي (بلا تاريخ طبعة) ، **درر الحكام شرح غرر الأحكام** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٢٧٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

(٤) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

- صدر عن هذه المحكمة القرار الاستئنافي رقم (١٣٠٦٧)[١] ، والذي ذهب إلى أن مثل هذه الأحكام غير تابعة للاستئناف قانوناً ، وأن الحجر للجنون أو العته لا يحتاج فيهما إلى إقامة دعوى وصدور حكم ، لأن المجنون أو المعتوه محجور عليهما لـــذاتهما ، حيث نصت المادة ٩٥٧ من المجلة على أن الصغير والمجنون والمعتوه محجـــورون أصلاً لذاتهم[٢] ، وأن الحجر يتم عليهما بإشهاد شرعي ، وحتى لو تم الحجـــر علـــى المجنون بدعوى وحكم ، فهو من قبيل الإشهاد فقط ، ويكون ذلك غير تابع للاستئناف . فقد قامت المحكمة الاستئنافية في هذا القرار برد الاستئناف دون النظر فيه .
- في حين وجد القرار الصادر عن هذه المحكمة أيضا برقم (١٩٩٨٢)[٣] ، والذي اعتبر أن مثل هذه الأحكام يكون تابعا للاستئناف ، ويخضع للمادة ١٣٨ من قانون أصـــول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م ، ونصها : " ترفـــع المحـــاكم البدائية إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة علـــى القاصـــرين وفاقـــدي الأهلية ، وعلى الوقف ، وبيت المال ، وأحكام فسخ النكاح ، والتفريق ، والطـــلاق ، والرضاع المانع للزوجية ، والإمهال للعنة ، والجنون ، وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى ، وأحكام الدية لتدقيقها . وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً من صدور الحكـــم ، ويشترط في ذلك أن لا يكون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المعينـــة ، وفصلت محكمة الاستئناف في موضوعها"[٤] . فقد رأى هذا القرار أن الحكم الابتدائي متعلقٌ بفاقدٍ للأهلية ، فتوجّب نظره لخضوعه للمادة المذكورة .

ولمّا كان هذا هو واقع الحال في هذه المسألة فقد وجد المسوغ لإصدر قرارٍ خماسيٍ ليبين الطريق الواجب اتباعه في مثل هذه المسألة ، فكـــان اجتمـــاع الهيئـــة الخماســـية ، والتـــي استعرضت التسلسل التشريعي للقوانين الصادرة في هذه المسألة وتطورها ، فوجدت أن المادة الثانية والثلاثين من قانون أصول المحاكمات الشرعية العثماني نصت على أنه يقتضي تحقق الجنه والعته في دعوى الحجر بتقرير الطبيب وإذا لم يكن مآل التقرير باعثاً على الطمأنينـــة تحال الكيفية إلى طبيب آخر أو أطباء متعددين ويطلب تدقيقها ، كما تبين لها أن المادة التاسعة والثمانين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم عشرة لسنة ١٩٥٢م نصت على أنه يثبت الجنون والعته والأمراض التي توجب فسخ النكاح في دعوى الحجر وفسخ النكـــاح بتقريـــر

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٧ .
(٢) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، المادة ٩٥٧ ، ص ١٨٦ .
(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٤٢ .
(٤) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة ، وإذا لم يكن مآل التقرير مع شهادة الطبيب باعثاً على الطمأنينة يحال الأمر إلى طبيبين آخرين أو أطباء متعددين[1] . كما رأت أن المادة تسعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م جاء نصها مطابقا لنص المادة التاسعة والثمانين المذكورة[2] .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. يظهر واضحا أن القانون العثماني قد حصر إثبات الجنون والعته بتقرير الطبيب ، والذي ألغي هذا القانون بموجب قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم عشرة لسنة ١٩٥٢م حيث نصت المادة ١٤٦ منه على أن تلغى القوانين والأنظمة التالية ـــ وذكر منها ـــ " ... كل تشريع عثماني أو أردني أو فلسطيني صدر قبل سن هذا القانون إلى المدى الذي تكون فيه تلك التشاريع مغايرة لأحكام هذا القانون"[3] ، ذلك أن هذا القانون كان قد حصر وسيلة إثبات الجنون والعته في تقرير الطبيب مضيفاً إليه تأييد الطبيب لتقريره بشهادته ، والتي بقيت هذه الوسيلة حاضرةً على الحصر الذي فيها بعد صدور المادة التسعين المذكورة من القانون الحالي رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م[4] .

وبما إن المادة ٩٥٧ من مجلة الأحكام العدلية كان النص فيها مغايراً لما قرره قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم عشر المذكور في مادته رقم تسعة وثمانين . ولكون مجلة الأحكام العدلية هي قانون عثماني سابق للقانون رقم عشر المذكور ، ولمغايرة المادة ٩٥٧ من المجلة لما أوجده القانون المذكور في المادة التاسعة والثمانين منه ، والذي أيده القانون الحالي ، فإن ما جاءت به المادة ١٤٦ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم عشر لسنة ١٩٥٢م تكون سارية المفعول على المادة ٩٥٧ من المجلة للمخالفة التي جرت فيها . وبما أن المادة تسعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م ، والمادة ١٣٨

---

(1) . الجريدة الرسمية ، العدد ١١٠١ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٣/١ ، ص ٩٧ .
(2) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ . حيث تنص المادة ٩٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه يثبت الجنون والعته والأمراض التي توجب فسخ النكاح في دعوى الحجر وفسخ النكاح بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة ، وإذا لم يكن مآل التقرير مع شهادة الطبيب باعثا على الطمأنينة يحال الأمر إلى طبيب آخر أو أكثر .
(3) . الجريدة الرسمية ، العدد ١١٠١ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٣/١ ، ص ٩٧ .
(4) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

من نفس القانون كانتا واضحتي النص ، فيكون لزاماً تنفيذ واتباع ما جاء فيهما ، ولا مسوغ للاجتهاد في النص المحكم ، ولا مجال للتأويل فيه أيضاً[١] .

٢. يلاحظ كيف إن المشرع قد احتاط وراعى المصلحة في كيفية إيقاع الحجر على المطلوب إلقاء الحجر عليه بأن جعل إثباته منحصراً بوسيلة واحدة تتضمن في طياتها وسائل أربعا ، فجعل الإثبات فيها بفرض خبرة فنية طبية تتمثل بتسطير القاضي كتاباً يخاطب فيه جهةً حكوميةً مختصة ، ويضمّن فيه تمكين طبيب مسلم مختص حاذق عالم بالأمراض النفسية والعقلية ، ليقوم بفحص المطلوب إلقاء الحجر عليه بعد التأكد من شخصيته ، ومن ثم الحضور للمحكمة حاملاً تقريره الطبي الخطي معه ، منظماً وموقعاً منه حسب الأصول ، متحملاً فيه المسائلة على ما حرره فيه في الدنيا قبل الآخرة ، مبرزاً إياه لهيئة المحكمة ، مبيناً فيه حالة من فحص ، مؤدياً شهادته تحت طائلة القسم القانونية واليمين الشرعية ، ويشترط لاعتماد ذلك أيضاً أن يكون التقرير موافقاً للشهادة وباعثين على الطمأنينة ، فإن لم تطمئن المحكمة لهما فتحيل الأمر لطبيب آخر أو للجنة من الأطباء إن لزم الأمر ذلك[٢] .

٣. إن خضوع هذا الحكم لتدقيق المحكمة الاستئنافية يكون أكثر اطمئناناً فلربما تسهو المحكمة الابتدائية في إجراء ما ، أو يحصل نقص في مسألة معينة . وفي هذا كله محافظة على كرامة الإنسان من الهدر والرواح ، ومراعاةً لحريته من الكتم والسلب ، وصوناً لمصالحه من الضياع والفقدان .

٤. الواقع إن دعوى الحجر من أخطر الدعاوى التي تمس حياة الإنسان وكيانه ووجوده ، فثبوتها يعني عدم اعتبار أي تصرف أو قول للمدعى عليه ، وعدم ترتيب أي أثر قانوني له ، مما يعني إعدام المحجور عليه مدنياً . وعدم ثبوتها يعني أن المدعى عليه كامل الأهلية وله الحق بإجراء جميع التصرفات القانونية ، من هنا وجب على المحكمة التي تنظر دعوى الحجر اتخاذ أقصى درجات الحيطة عند إصدار حكمها فيها[٣] ، فلو كان الحكم بإثبات الحجر بالاكتفاء بالبينة الشخصية وحدها دون الحاجة للتدقيق استئنافاً ، فقد يخشى أن تكون ذمة الشهود فاسدةً يؤدون شهادتهم على غير

---

(١) . الزرقا ، **شرح القواعد الفقهية** ، مصدر سابق ، ص ١٤٧ ــ ١٥٠ .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ . انظر : المادة ٩٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م .

(٣) . انظر الرابط الإرشيفي للقرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف إربد الشرعية برقم : ٢٠٠٤/٤٣٧-٤٣٧ تاريخ ٢٠٠٤/٦/٦م https://qistas.com/jor/shs/appeal/?serial=14690

الحقيقة ، فتحكم المحكمة الإبتدائية بها وتحجر بها على صاحب الأهليــة والعقــل ، فيضيع حقه في التصرف ، ويفقد حقه في ممارسة حياته وشــؤونه اليوميــة بشــكل طبيعي ، ويتضرر من ذلك أضراراً ماديةً ومعنوية كثيرة ، وفي هذا مخالفةٌ لمقاصــد الشريعة الإسلامية في محافظتها على النفس والعقل والمال ، والتي جــاءت لتحــافظ عليها ، بالإضافة للدين والنسل(١) .

وبذلك فقد رأت هذه المحكمة الاستئنافية أن ترجح ما كان قد ذهــب إليــه القــرار رقــم (١٩٩٨٢) ، وبنظرها وتدقيقها في حكم المحكمة الابتدائية تبين أنه قد اســتند علــى تقريــر طبيبين مؤيد بشهادتهما ، إلا أن مضمون تقريرهما وشهادتهما لم يكن قاطعاً ولا واضحاً فــي بيان حالة المدعى عليه العقلية ، فكان على المحكمة أن تستوضح منهما ماهية المصــطلحات الطبية التي أفادا بها ، وبيان معناها بأسلوبٍ قضائي يُفهم معه حال المدعى عليه بوضــوح ، حتى يتبين معه وجوب الحكم بمقتضى طلب المدعي بإيقاع الحجر على المدعى عليه ، أم أن حالة المدعى عليه لا تستوجب الحجر عليه لكامل أهليته ، وحيث كان الحكم الابتدائي مخالفاً للأصول فقد تقرر فسخه ، وإعادة الدعوى لمصدرها لإجراء الإيجاب حسب الأصول .

- ملخص القرار .

لا يتم إيقاع الحجر على المجنون والمعتوه إلا بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته .

المطلب الثاني : في الوقف ، القرار رقم (١٤٧٢٦)(٢) .

الوقف في اللغة معناه : الحبس(٣) . وفي الاصطلاح : هو حبس العين علــى ملــك الواقــف والتصدق بالمنافع(٤) .

وقد صدر هذا القرار عن محكمة استئناف القدس الشرعية بتاريخ ١٩٦٦/٩/٣م(١) ، بعــد أن استأنف وكيل المدعية حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعوى طلب الحكم بصحة وقف

---

(١) . جاء في كتاب الموافقات مجموع الضروريات خمس وهي : حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل . انظر : الشاطبي ، **الموافقات في أصول الشريعة** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١١ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٢ .
(٣) . النسفي ، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل (١٣١١هـ) ، **طلبة الطلبة** ، بلا رقم طبعة ، ص ١٠٥ ، المطبعة العامرة ، بغداد ــ العراق . وانظر أيضا : المناوي ، **التوقيف على مهمات التعريف** ، مصدر سابق ، ص ٣٤٠ .
(٤) . منلا خسرو ، **درر الحكام شرح غرر الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٣٢ .

، ولرغبة هذه المحكمة الاستئنافية في العدول عن مبدأ سابق كانت تتبعه في موضوع القرار ، فقد رأت أن تصدر قرارها الخماسي هذا عملا بالمادة ١٥٠ من قانون أصـــول المحاكمـــات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م[٢] ، وقد قامت هذه المحكمة الاستئنافية بنظر الدعوى المستأنفة مرافعة . مع العلم أنه تم انتداب أحد أعضاء محاكم البداية ليكون عضواً منتدباً فـــي هذه المحكمة الاستئنافية ، ويكون عضواً خامساً في هيئة هذا القرار .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت محكمة نابلس الابتدائية حكمها الوجاهي برد دعوى المدعية ، والتي تطلب فيهـــا الحكم بصحة وقف قطعة أرض وما عليها من بناء . مسببة حكمها الرد على عـــدم تســـجيل الوقف والتصرف فيه لدى دائرة تسجيل الأراضي[٣] بعد الحصول على إذن وموافقـــة مـــدير الأراضي ، وهو ما نص عليه قانون انتقال الأراضي الفلسطيني رقم واحـــد وثمـــانين لســـنة ١٩٢٠م في مادتيه الرابعة[٤] والحادية عشرة[٥] .

- مضمون القرار الخماسي .

---

(١) . كان النظام المعمول به في ذاك التاريخ هو نظام محكمة الاستئناف الشرعية رقم (٣) لسنة ١٩٥١ م ، والذي نصت المادة الثانية منه على أن تؤلف محكمة استئناف واحدة ، ويكون مركزها في مدينة عمان ، وتقوم بنظر الدعاوى المستأنفة ، والطعون الواردة على الدعاوى الصادرة عن جميع المحاكم الشرعية الابتدائية ، كما نصت أيضا على أنه يجوز انعقادها حين الإيجاب في مدينة القدس .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١/١/١٩٥٩ ، ص ٩٣١ .

(٣) . نصت المادة الثانية من قانون انتقال الأراضي الفلسطيني رقم ٨١ لسنة ١٩٢٠م على أن عبارة "معاملة التصرف" تعني : البيع ، والرهن ، والهبة ، وإنشاء الوقف على اختلاف أنواعه .

(٤) . نصت المادة الرابعة من قانون انتقال الأراضي الفلسطيني رقم ٨١ لسنة ١٩٢٠ م ، والتي تبين شروط صحة التصرف في الأموال غير المنقولة على أنه : ١- لا تعتبر معاملة التصرف في الأموال غير المنقولة صحيحة إلا إذا روعيت بشأنها أحكام هذا القانون . ٢- على كل من يرغب في إجراء معاملة تصرف بمال غير منقول أن يحصل أولا على الموافقة الخطية المطلوبة في الفقرة التالية .٣ - للحصول على الموافقة المشار إليها في الفقرة "٢" يقتضي تقديم عريضة للمدير بواسطة مكتب تسجيل الأراضي في المكان الواقعة فيه الأرض تبين شروط معاملة التصرف المراد إجراؤها ، ويطلب فيها موافقته على المعاملة . ٤ - ترفق هذه العريضة بما يثبت ملكية الناقل ، وتتضمن طلبا بتسجيل عقد ينظم تنفيذا لشروط معاملة التصرف . ٥ - يجوز أن تتضمن العريضة فقرة تعين العطل والضرر الذي يدفعه الفريق المتخلف عن إنهاء معاملة التصرف بعد التصديق عليها .

(٥) . نصت المادة الحادية عشرة من قانون انتقال الأراضي الفلسطيني رقم ٨١ لسنة ١٩٢٠ م ، والمعنونة ببطلان معاملة التصرف غير المقترنة بالموافقة على أنه : تعتبر ملغاة وباطلة كل معاملة تصرف لم تقترن بالموافقة المطلوبة في المادة الرابعة ، ويشترط في ذلك أن يجوز لمن دفع مالا في معاملة تصرف اعتبرت ملغاة وباطلة أن يسترد ما دفعه بإقامة دعوى لدى المحاكم . مع العلم أن هذا القانون كان ساري المفعول على أراضي الوقف باختلاف أنواعه ، حيث نصت المادة الثالثة منه على أنه يسري هذا القانون على جميع الأموال غير المنقولة المشمولة بأحكام قانون الأراضي العثماني المؤرخ في ٧ رمضان سنة ١٢٧٤، وعلى أراضي الملك وأراضي الوقف على اختلاف أنواعه ، وعلى سائر أنواع الأموال الأخرى غير المنقولة .

قررت هذه المحكمة الاستئنافية رؤية الاستئناف المقدم إليها في هذه الدعوى مرافعة بنـــاء على طلب المستأنفة فحضر أمامها وكيلا المتداعيين ، وتبين لها أنه كان قد صدر عنها القرار الاستئنافي رقم (١٠٤٢٥)[١] والذي اعتبر أن مثل هذه الدعوى لا تسمع لذات الســـبب الـــذي أقامت به المحكمة الابتدائية حكمها عليه عدم حصول الواقف على موافقة مـــدير الأراضـــي لتسجيل الوقف في دائرة تسجيل الأراضي تبعا للمادتين الرابعة ، والحادية عشرة المذكورتين ، وبتدقيق المحكمة الاستئنافية وإمعان النظر تبين لها أن مسألة التأريخ مرعية ،

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. مع التسليم بأن القرار رقم (١٠٤٢٥) قد صدر عن هذه المحكمة الاستئنافية بتـــاريخ ١٩٥٩/٧/٢٥م إلا أن حادثة الوقف فيه كانت قبل صدور الدستور الأردني[٢] ، والذي صدر بتاريخ ١٩٥٢/١/٨م . ونصت المادة ١٠٥ منه علـــى أن للمحـــاكم الشـــرعية وحدها حق القضاء وفق قوانينها الخاصة في الأمور الآتية ــ وذكرت فـــي فقرتهـــا الثالثة من هذه المادة ــ "الأمور المختصة بالأوقاف الإسلامية" . كما نصـــت المـــادة ١٠٦ منه على أن تطبق المحاكم الشرعية في قضائها أحكام الشرع الشريف[٣] .
٢. إن حادثة الوقف في القرار الاستئنافي رقم (١٠٤٢٥) كانت قبل صـــدور الدســـتور الأردني ، وعليه فقد تم مراعاة مواد قانون الانتقال الفلسطيني ، وما فيه من أحكـــام متعلقة بالوقف.
٣. إن هذه الدعوى وحادثة الوقف المطلوب الحكم بصحتها فيها ، كانتـــا بعـــد صـــدور الدستور الأردني ، والذي نصت المادتان ١٠٥ ، و١٠٦ المذكورتان على أن المحاكم الشرعية تحكم ضمن اختصاصها الوظيفي في قوانينها الخاصة[٤] ، وتطبـــق أحكـــام

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١١ .

(٢) . حيث تمت الوحدة فيما بين الضفتين الشرقية والغربية في عام ١٩٥٠م . انظر المطلب الأول من الفصل التمهيدي لهذه الأطروحة .

(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٠٩٣ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٢/١/٨ ، ص ٣ .

(٤) . تعتمد المحاكم الشرعية في إصدارها للأحكام على القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وفي وقت صدور هذا القرار كان القانون الفاعل هو قانون حقوق العائلة رقم ٩٢ لسنة ١٩٥١م ، وبتصفح مواده يتبين أنه لم يكن للوقف نصيبا فيما بين مواده الـــ ١٣١ . إلا أن المادة ١٢٩ منه نصت على أن ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة . كما أن القانون الذي حل محله وهو قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م لم ينص أيضا في مواده على ما يتعلق بأحكام الوقف ، ونصت المادة ١٨٣ منه على أن ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة . كما أن القانون الآخر الذي استعيض عنه به وهو قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ م ، فعلى الرغم من إضافته لمواد جديدة كثيرة تنظم أحكاما لم يكن القانونان السابقين قد نظمتها كتقنينه لمواد الإرث والتخارج والوصية وغير ذلك ، إلا أنه لم يورد الوقف من بين ضمن مواده . إلا أن المادة ٣٢٥ منه نصت على أن ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي

الشرع الشريف . وقانون الانتقال الفلسطيني ليس من ذلك . وبذلك يظهر جلياً الاختلاف والمغايرة فيما بين دعوى هذا القرار ، وما بين القرار الاستئنافي رقم (١٠٤٢٥) المذكور ،

٤. مع وضوح الفرق بين هذين القرارين فلا يتوفر المبرر إذن للتشبث بالقرار الاستئنافي المذكور . ويظهر أن أحكام الشرع الشريف لا توجد المسوغ لعدم سماع هذه الدعوى على الحالة التي فيها .

- ملخص القرار .

فرّق القرار فيما إن كانت حادثة الوقف قبل تاريخ ١٩٥٢/١/٨م ، وهو تاريخ صدور الدستور الأردني أو بعده . فإن كانت قبله فتتبع للقانون النافذ والساري المفعول قبل صدور الدستور ، وهو قانون الانتقال الفلسطيني رقم واحد وثمانين لسنة ١٩٢٠م ، أما إن كانت بعده فتبعها للدستور الأردني ، وما نص عليه من اتباع للقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية ، وأحكام الشرع الشريف .

وعليه وحيث أن حكم المحكمة الابتدائية جاء على النقيض مما رأته هذه المحكمة الاستئنافية في قرارها الخماسي هذا ، فقد رأت هذه المحكمة الاستئنافية وجوب فسخ الحكم الابتدائي ، وإعادة الدعوى لمصدرها لإجراء الإيجاب والسير وفق المقتضى الظاهر في هذا القرار .

الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون . الجريدة الرسمية ، العدد ١٠٩٣ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٢/١/٨ ، ص ٣ .

الفصل الثـــانـــي

الفصل الثاني : القرارات الخماسية في موضوعات أصول المحاكمات الشرعية .

وفيه خمسة مباحث :

- **المبحث الأول : الاختصاص الوظيفي ، والصلاحية المكانية .**

  وفيه مطلبان :

  المطلب الأول : في الاختصاص الوظيفي ، القرار رقم (٤٣٤٩١) .

  المطلب الثاني : في الاختصاص المكاني ، القرار رقم (٣٨٣٢٦) .

- **المبحث الثاني : الوكالة .**

  وفيه خمسة مطالب :

  المطلب الأول : في توكل القريب عن قريبه ، القرار رقم (١٢٥٧٢) .

  المطلب الثاني : في توكل القريب عن قريبه ، القرار رقم (١٢٥٧٣) .

  المطلب الثالث : في وجود قيد مجتمعين ومنفردين في متن الوكالة ، القرار رقم (٣٠٠١٦) .

  المطلب الرابع : في صحة الوكالة ، القرار رقم (٤٤٩٣٦) .

  المطلب الخامس : في توكيل الوكيل لغيره ، وبيان العلاقة والصفة بين الوكيل والموكل ، القرار رقم (٥٤١٣٦) .

  وفيه فرعان :

  الفرع الأول : توكيل الوكيل لغيره .

  الفرع الثاني : بيان العلاقة والصفة بين الوكيل والموكل .

- **المبحث الثالث : أهلية الخصومة ، وتبليغ المدعى عليه ، ودفع الدعوى .**

  وفيه ثلاثة مطلب :

  المطلب الأول : أهلية الخصومة .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في التحري عن ولي لفاقد الأهلية قبل تعيين وصي مؤقت عليه من قبل المحكمة ، القرار رقم (٢٨٨٧٥) .

الفرع الثاني : في إقامة دعوى طلب تفريق للشقاق والنزاع إن كان طرف الدعوى فيها غير أهل للخصومة ، القرار رقم (٤٤٠٠٠) .

الفرع الثالث : في إقامة دعوى طلب تفريق للشقاق والنزاع إن كان طرف الدعوى فيها غير أهل للخصومة ، القرار رقم (٥٦٠٠٢) .

المطلب الثاني : في تبليغ المدعى عليه ، القرار رقم (٤٨٩٢٤) .

المطلب الثالث : في دفع الدعوى بأنها قضية مقضية ، القرار رقم (٣٦٣٨٠) .

- **المبحث الرابع : اليمين ، وترجيح البينات ، ووصف الخبراء .**

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : اليمين .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في ثبوت دعوى تصحيح حجة حصر إرث باليمين أو النكول عنه ، القرار رقم (٣١٤٠٤) .

الفرع الثاني : في النكول عن حلف اليمين على نفي دعوى الردة ، القرار رقم (٤٣٠٢٦) .

الفرع الثالث : في النكول عن حلف اليمين على نفي دعوى طلب فسخ عقد الزواج لإعسار الزوج عن دفعه مهر زوجته المعجل ، القرار رقم (٦١٦٧٠) .

المطلب الثاني : في ترجيح بينة النشوز وعدم النشوز ، القرار رقم (١٨١٨٤) .

المطلب الثالث : في وصف الخبراء بما يجيز الاعتماد على خبرتهم ، القرار رقم (١٩٤٠٣) .

- المبحث الخامس : رد القاضي ، ومرور الزمن ، والاستئناف .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : في مصادرة التأمين المقدم على طلب رد القاضي عند عدم نظر الطلب استئنافاً ، القرار رقم (٣٨٨٧٢) .

المطلب الثاني : مرور الزمن .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في سقوط الحق للتقادم بعد إقرار المدعى عليه ، وقبول قول الأمين في براءة ذمته ، القرار رقم (١٠٩٣٦).

الفرع الثاني : في قبول الطعن بالتخارج بعد مرور سنة عليه ، القرار رقم (٣٦٦٠٣) .

الفرع الثالث : في رد الدعوى للتقادم مع وجود المانع الأدبي بقيام الزوجية ، القرار رقم (٣٨٧٣٠) .

المطلب الثالث : الاستئناف .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في خضوع دعوى فسخ عقد الزواج بسبب الإكراه للاستئناف بعد الحكم بردها ، القرار رقم (١٨٩٠٣) .

الفرع الثاني : في خضوع الأحكام الصادرة لمصلحة القاصرين وفاقدي الأهلية للاستئناف ، القرار رقم (٢٠٠٨٥) .

الفرع الثالث : في إصرار المحكمة الابتدائية على حكمها المفسوخ استئنافاً ، القرار رقم (٢٠٢٤٦) .

- **المبحث الأول : الاختصاص الوظيفي ، والصلاحية المكانية .**

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في الاختصاص الوظيفي ، القرار رقم (٤٣٤٩١) .

المطلب الثاني : في الاختصاص المكاني ، القرار رقم (٣٨٣٢٦) .

المطلب الأول : في الاختصاص الوظيفي ، القرار رقم (٤٣٤٩١)[1] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٩٧/٩/١٨م . حيث رفعت المحكمة الابتدائية دعوى المطالبة بمبلغ مالي (دين على تركة) ، بناء على الاستئناف المقدم من المحكوم عليه . ولوجود خلاف بين قرارين سابقين صدرا في نفس الموضوع تشكل هذا القرار بهيئته الخماسية .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي للمدعية في هذه الدعوى بمبلغ الدين على التركة ، والذي تطالب به تركة زوجها المرحوم ، والبالغ قدره مائة وثلاثة وثلاثون ألفا ومائة وواحد وعشرون ديناراً أردنياً وثمانين فلساً . وكان من هذا المبلغ ما قيمته مائة وتسعة وعشرين ألفاً وأربعمائة وستة وخمسين ديناراً ومائتين واثنين وخمسين فلساً . وكان هذا المبلغ عبارة عن مجموع مبالغ التسهيلات البنكية[2] الممنوحة للمرحوم صاحب التركة من قبل بنك كرندليز بعمان[3]. حيث قامت المدعية زوجة المرحوم بتسديد مبلغ التسهيلات البنكية هذا ، ودفعته للبنك صاحب الدين كونها كانت كفيلةً لزوجها المرحوم قبل وفاته ، والتزامها بموجب

([1]) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٥٩ .

([2]) . وهو ما يعرف بالإقراض بالفائدة ، وصورته تتمثل بإقراض المصرف الربوي بوصفه دائنا مبلغا معينا من المال للعميل المستقرض بوصفه مدينا إلى أجل محدد على أساس الفائدة الربوية . ويقوم المصرف بحساب الفائدة المترتبة على هذا القرض ثم طرح الفائدة من القرض ، وإعطاء الباقي للعميل المستقرض ، مع اشتراط تقديم العميل لضمانات كافية لسداد الدين كالإتيان بكفيل . وهو كحالة المدعية في هذه الدعوى . ومعلوم أن الفائدة الربوية ربح لا يحتمل الخسارة فكانت ربا محرما . انظر ملحم ، أحمد سالم (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م) ، **المعاملات الربوية في ضوء القرآن والسنة دراسة فقهية تبين أشهر المعاملات الربوية وتطبيقاتها العملية في المجتمعات البشرية** ، الطبعة الأولى ، ص ٣٩ ، ٤٠ ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، عمان ـــ الأردن .

([3]) . بنك كرندليز من أقدم البنوك في المملكة حيث سبق له أن عمل بصفته البنك العثماني منذ عام ١٩٢٥م . ثم تغير اسمه بعد أن استحوذ بنك ستاندرد تشارترد على عمليات بنك كرندليز ، وبالتالي صار اسمه في الوقت الحالي بنك ستاندرد تشارترد ، فهو بنك أجنبي ويتعامل بالفائدة الربوية .

كفالتها بتسديد الديون المترتبة على المرحوم لمانح التسهيلات بنك كرندليز المذكور . وكان باقي المبلغ المحكوم به للمدعية ، والبالغ قيمته ثلاثة آلاف وستمائة وأربعة وستين ديناراً أردنياً وثمانمائة وثمانية وعشرين فلساً دفعتها المدعية للجهة المستأنف عليها بموجب شيكات بنكية لدائرة ضريبة الدخل . وأَمَرَتْ المحكمة الابتدائية أمين التركات بالإضافة لوظيفته بدفع ما تحت يده من تركة المرحوم للمدعية المستأنف ضدها ، ومنعت المدعى عليهم من معارضتها في ذلك .

- مضمون القرار الخماسي .

ظهر أن مجموع المبلغ المحكوم به للمدعية هو : مائة وثلاثة وثلاثون ألفاً ومائة وواحد وعشرون ديناراً أردنياً وثمانون فلساً . وقد ترتب لها هذا المبلغ ، مفصلاً على النحو التالي :

أ – مبلغ مائة وتسعة وعشرين ألفاً وأربعمائة وستة وخمسين ديناراً ومائتين واثنين وخمسين فلساً ، وهو مجموع التسهيلات البنكية التي دفعتها المدعية لبنك كرندليز بعمان .

ب – مبلغ ثلاثة آلاف وستمائة وأربعة وستين ديناراً أردنياً وثمانمائة وثمانية وعشرين فلساً ، وهو قيمة الشيكات البنكية التي دفعتها المدعية لدائرة ضريبة الدخل .

تبين أن دفع المدعى عليه المستأنف بخصوص القسم الأول من المبلغ المحكوم به من أن المبلغ مدفوع لبنك كرندليز عمان ، وهو مجموع التسهيلات البنكية المدفوعة لهذا البنك . فدفع بعدم اختصاص المحكمة الوظيفي بنظر هذه الدعوى بعد صدور الحكم .

ويشير الباحث إلى أن هذا الأمرٌ مقبولٌ حيث إنه يجوز إثارة هذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

فقد عد قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م الاختصاص الوظيفي للمحاكم الشرعية من النظام العام[١] . أي أنه للمحكمة أن تثير الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي من تلقاء نفسها ، ولو لم يثره أحد الخصوم ، ويصح إثارته في جميع مراحل الدعوى[٢] . فقد نصت المادة الخامسة من قانون أصول المحاكمات الشرعية المذكور

---

(١) . النظام العام : هو مجموع القواعد والأسس التي لا يجوز مخالفتها ، والتي يجوز إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى سواء من قبل القاضي ، أو من قبل أطرافها .

(٢) . أبو البصل ، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، مصدر سابق ، ص (٢) . وانظر أيضا : أحمد ، إبراهيم سيد (٢٠٠٨م) ، **الدفوع المدنية وعوارض الخصومة** ، بلا رقم طبعة ، ج

على أنه : "إذا لم يعترض المدعى عليه على صلاحية المحكمة ليس للمحكمة أن تتعرض لها . أما الوظيفة فالمحكمة تتعرض لها ، ولو لم يثرها الخصوم . وكل اعتراض على الصلاحية أو الوظيفة من المدعى عليه لا يعتبر إلا اذا مثل قانوناً أمام المحكمة"[١] .

وبتدقيق هذه المحكمة الاستئنافية تبين لها وجود خلاف بين قرارين استئنافيين صادرين عنها في نفس الموضوع على التفصيل الآتي :

- ورد في القرار رقم (١٣٣٨٤)[٢] أن الفقرة العاشرة من المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م نصت على أن من وظائف المحاكم الشرعية : "تحرير التركات ، والفصل في الادعاء بملكية أعيانها ، والحكم في دعاوى الديون التي عليها"[٣] . والذي استثني في هذه المادة فيما يتعلق بوظائف المحاكم الشرعية هو ما كان متعلقاً بمال غير منقول ، أو ناشئاً عن معاملة تجارية . والذي يقصد بها المعاملات التي تتضمن الأرباح والفوائد وغير ذلك من الحقوق الناشئة عن المعاملات التجارية التي تتعارض مع أحكام الشرع الشريف . والتي أعطِي حق الفصل والحكم بها للمحاكم النظامية وفق قوانينها الخاصة . حيث نص الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢م في المادة ١٠٢ منه على أن "تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية ، بما فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة ، أو تقام عليها باستثناء

---

٢ ، ص ١١١٣ ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ــ مصر . وينظر كذلك : ذياب ، زياد صبحي (١٩٩٤م) ، **الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون** ، الطبعة الأولى ، ص ٢٢ ــ ٢٤ ، دار وائل ، عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : مساعدة ، نائل وملكاوي ، بشار عدنان ومنصور ، أمجد (٢٠٠٨م) ، **شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني** ، الطبعة الأولى ، ص٥٢ ، دار وائل . عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : النتشة ، ريم "محمد اسحق" عباس (١٤٢٧هــ/٢٠٠٦م) ، **دعوى التفريق بين الزوجين لعدم الانفاق وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية** ، ص ٤٠ . وينظر كذلك : الهندي ، محمد أمين كامل محمد (١٤١٥هــ/١٩٩٥م) ، **دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية** ، الطبعة الأولى ، ص ٨٢ ، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، المشيرفة ــ الرصيفة .

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد رقم ١٤٤٩ الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١م ، ص ٩٣١ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٦٨ .

(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٩ .

(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية ، أو محاكم خاصة بموجب أحكام هذا الدستور، أو أي تشريع آخر نافذ المفعول"[١].

وترديداً لهذه المادة نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة والعشرين من قانون أصول المحاكمات المدنية لسنة ١٩٨٨م على أن المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية تمارس حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية ، باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء الى محاكم دينية ، أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر[٢] .

- كما تضمن القرار الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم (٣٧٨٠٨)[٣] تصديقه حكماً لمدع على تركة والده ، وذلك بما دفعه لمؤسسة الإقراض الزراعي ، والتي تتقاضى فوائد مالية على ما تقرضه[٤].

وبتدقيق ما يخص الحكم بالجزئية المتعلقة بمبلغ التسهيلات البنكية المذكور تبين أن المادة ١٠٦ من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢م نصت على أن : "تطبق المحاكم الشرعية في قضائها أحكام الشرع الشريف"[٥] . حيث كان الدستور قد عين أنواع المحاكم ودرجاتها وأقسامها واختصاصاتها وكيفية إدراتها ، ونص على أن المحاكم ثلاثة أنواع : وهي المحاكم النظامية ، والمحاكم الدينية ، والمحاكم الخاصة . وذلك في المادتين ٩٩ و١٠٠ من الدستور المذكور[٦] .

علما أن نص فقرة قانون أصول المحاكمات الشرعية المذكورة جاء في بيان ما تنظر به المحاكم الشرعية ، وتفصل فيه كالتالي : "تحرير التركات الواجب تحريرها ، والفصل في

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد رقم : ١٠٩٣ الصادر بتاريخ ١٩٥٢/١/٨م ، ص٣ .

(٢) . الجريدة الرسمية عدد ٣٥٤٥ الصفحة ٧٣٥ تاريخ ١٩٨٨/٤/٢م . وانظر أيضا : القضاة ، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي** ، مصدر سابق ، ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٣٦ .

(٤) . انشئت مؤسسة الإقراض الزراعي عام ١٩٦٠م ، بهدف دعم الزراعة وتنميتها وتطويرها من خلال توفير رأس المال اللازم لتمويل المشاريع الزراعية ، بتقديم القروض مقابل نظام الفوائد الربوية ، علما أنه في عام ٢٠٠١م باشرت المؤسسة بتطبيق نظام المرابحة الإسلامية ، ليصير طريقا ثانيا للتمويل .

(٥) . المادة ١٠٦ من الدستور الأردني الصادر في الجريدة الرسمية ، العدد ١٠٩٣ الصادر بتاريخ ١٩٥٢/١/٨م ، ص ٣ .

(٦) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٠٩٣ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٢/١/٨ ، ص ٣، حيث نصت المادة ٩٩ من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ م على أن : "المحاكم ثلاثة أنواع : ١ – المحاكم النظامية . ٢ – المحاكم الدينية . ٣ – المحاكم الخاصة" . كما نصت المادة ١٠٠ منه على أن : "تعين أنواع جميع المحاكم ودرجاتها وأقسامها واختصاصاتها وكيفية إدارتها بقانون خاص على أن ينص هذا القانون على إنشاء قضاء إداري على درجتين" . انظر : كنعان ، نواف **(٢٠١٣م) ، مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني وفقا للتعديلات الدستورية لعام ٢٠١١م** ، الطبعة الأولى ، ص ٢٩٨ ، إثراء للنشر والتوزيع ، عمان ــ الأردن .

الادعاء بملكية أعيانها ، والحكم في دعاوى الديون التي عليها ، إلا ما كان منها متعلقاً بمال غير منقول ، أو ناشئ عن معاملة ربوية وتصفيتها وتقسيمها بين الورثة ، وتعيين حصص الوارثين الشرعية والانتقالية"[١] .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار ما يندرج في النقاط التالية :

١. جاء النص واضحاً في استثناء ما ينشئ عن المعاملات الربوية ، ولم يذكر لفظ معاملة تجارية . وهو موافق لهدي الشريعة الإسلامية في تحريم الإسلام للربا ، والتشديد في تحريمه بمصادر التشريع المختلفة . كما ورد في الكتاب الكريم والسنة الشريفة .

حيث ورد في القرآن الكريم قوله تعالى في أواخر سورة البقرة : ((ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ)).…… إلى قوله تعالى : ((فَإِن لَّمۡ تَفۡعَلُواْ فَأۡذَنُواْ بِحَرۡبٖ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۖ وَإِن تُبۡتُمۡ فَلَكُمۡ رُءُوسُ أَمۡوَٰلِكُمۡ لَا تَظۡلِمُونَ وَلَا تُظۡلَمُونَ)) .

فما أن يقرأ المسلم الآيات السابقة في الحديث عن الربا ، ليحس أن قلبه في صدره يكاد ينخلع انخلاعاً من هول الوعيد ، وشرر التهديد الذي تنذر به الآيات الكريمة[٢] .

٢. ورد في السنة النبوية ما رواه حنيفة عم أبي حرة الرقاشي رضي الله عنه[٣] فقال : كنت آخذ بزمام ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم في أوسط أيام التشريق أذود عنه الناس ، فقال : (يا أيها الناس أتدرون في أي شهر أنتم ، وفي أي يوم أنتم ، وفي أي بلد أنتم . قالوا : في يوم حرام ، وشهر حرام ، وبلد حرام . قال :

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١م ، ص٩٣١ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص٦٦ .

(٢) . القرضاوي ، يوسف (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م) ، **فوائد البنوك هي الربا الحرام دراسة فقهية في ضوء القرآن والسنة والواقع** ، الطبعة الثالثة ، ص١٠ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ــ لبنان .

(٣) . صحابي جليل قيل إن حنيفة اسم أبي حرّة ، وقيل اسم عمه حنيفة ، وقيل اسم أبي حرّة حكيم ، وقيل ان اسم عم أبي حرة هو حذيم بن حنيفة . ، وروى عن النبي صلّى اللّه عليه وسلّم أنه قال : "لا يحل مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفس منه" . وقد وثقه أبو داوود وضعفه يحيى بن معين . انظر : الذهبي ، محمد بن أحمد بن عثمان (١٤١٣هـ/١٩٩٣م) ، **الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة** ، الطبعة الأولى ، ج ١ ، ص ٣٥٨ ، دار القبلة للثقافة الاسلامية ، مؤسسة علوم القرآن جدة ، جدة ــ السعودية ، وانظر أيضا : البغوي ، عبد الله بن محمد بن عبد العزيز (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) ، **معجم الصحابة** ، الطبعة الأولى ، ج ٢ ، ص ٢١٧ ، مكتبة دار البيان ، الكويت . وانظر أيضا : ابن حجر ، **الإصابة في تمييز الصحابة** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٢١ .

فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلى يوم تلقونه . ثم قال : اسمعوا مني تعيشوا ألا لا تظلموا . ألا لا تظلموا . ألا لا تظلموا . إنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه . ألا وإن كل دم ومال ومأثرة كانت في الجاهلية تحت قدمي هذه إلى يوم القيامة . وإن أول دم يوضع دم ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب(١) كان مسترضعاً في بني ليث فقتلته هذيل . ألا وإن كل ربا كان في الجاهلية موضوع .

وإن الله عز وجل قضى أن أول ربا يوضع ربا العباس بن عبد المطلب(٢) ((فَلَكُمۡ رُءُوسُ أَمۡوَٰلِكُمۡ لَا تَظۡلِمُونَ وَلَا تُظۡلَمُونَ))(٣) . وكذلك الحديث المروي عن عمرو بن العاص رضي الله عنه(٤) أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : **(** ما من قوم يظهر فيهم الربا إلا أخذوا بالسنة(٥) ، وما من قوم يظهر منهم الرشا(٦) إلا أخذوا بالرعب**)**(١) .

---

(١) . هو ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي رضي الله عنه ، يكنى أبا أروى ، وهو ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم . كان أسن من عمه العباس بن عبد المطلب بسنين . وقيل ان اسم ابنه الذي قتل "المشار إليه في الحديث الشريف في المتن أعلاه" هو تمام ، وقيل إياس . قال عنه النبي صلى الله عليه وسلم : "نعم الرجل ربيعة لو قصر شعره ، وشمر ثوبه" . كان شريك عثمان بن عفان رضي اللّه عنهما في التجارة . توفي سنة ثلاث وعشرين بالمدينة المنورة ، في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه . انظر : الجزري ، **أسد الغابة في معرفة الصحابة** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢٩٥ . وانظر أيضا : ابن حجر ، **الإصابة في تمييز الصحابة** ، مصدر سابق ، ٢ ، ص ٣٨٤ ، ٣٨٥ .

(٢) . هو العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشيّ الهاشميّ رضي الله عنه ، وهو عم رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلم ، كنيته أبو الفضل . ولد قبل رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلم بسنتين ، وكان طويلا جميلا أبيض، وضاع وهو صغير، فنذرت أمه "نُتَيلة" إن وجدته أن تكسو البيت الحرير، فوجدته فكست البيت حريرا ، فهي أول من كساه ذلك . تولى في الجاهلية السّقاية والعمارة ، والصّحابة يعترفون للعباس بفضله ويشاورونه ، ويأخذون رأيه . قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم أنه أجود مكة كفا . مات بالمدينة في رجب أو رمضان سنة اثنتين وثلاثين هجرية . انظر : ابن حجر ، **الإصابة في تمييز الصحابة** ، مصدر سابق ، ٣ ، ص ٥١١ ، ٥١٢ . وانظر أيضا : الجزري ، **أسد الغابة في معرفة الصحابة** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٦٣ .

(٣) . ابن حنبل ، أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (١٤٢١هـ/٢٠٠١م) ، **مسند الإمام أحمد بن حنبل** ، تحقيق الشيخ شعيب الأرناؤوط ، الطبعة الأولى ، رقم الحديث ٢٠٦٩٥ ، ج ٣٤ ، ص ٢٩٩ ـــ ٣٠١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ـــ لبنان . وفيه قال المحقق في حكمه على الحديث : أنه صحيح لغيره .

(٤) . هو عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد بن سهم بن عمرو بن هصيص بن كعب بن لؤي بن غالب القرشي السهمي رضي الله عنه ، يكنى أبا عبد الله . وقيل : أبو محمد . كان يخضب بالسواد ، وكان من شجعان العرب وأبطالهم ودهاتهم ، استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم على عمان ، ثم سيره عمر بن الخطاب رضي الله عنه في جيش إلى مصر ، فافتتحها ، ولم يزل واليا عليها إلى أن مات عمر ، وبقي واليا على مصر إلى أن مات بعد أن عزل منها فترة . قيل مات سنة ثلاث وأربعين هجرية ، وهو الأصح . قيل لما حضرته الوفاة قال : اللهم إنك أمرتني فلم أأتمر وزجرتني فلم أنزجر ، ووضع يده على موضع الغل وقال : اللهم لا قوي فانتصر ولا بريء فاعتذر ولا مستكبر بل مستغفر لا إله إلا أنت ، فلم يزل يرددها حتى مات . انظر : الجزري ، **أسد الغابة في معرفة الصحابة** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٣٢ .

(٥) . أي أخذوا بالفقر، وقحط السماء وقلة الأمطار، وارتفاع الأسعار ، وضيق المكاسب .

(٦) . أي الرشوة .

٣. الواقع إنه لا يقف استثناء الربا والفوائد البنكية على ولاية المحاكم الشرعية . بل كل ما من شأنه أن يكون مخالفاً للشريعة الحكيمة ، وما يكون كسباً خبيثاً محرماً مشؤوماً سحتاً لا خير فيه ولا بركة ، بل يكون جالباً للضر والنقيصة في الدين والدنيا والحاضر والمستقبل متعارضاً مع أحكام الشرع الشريف من معاملات وحقوق ناشئة عن المعاملات التجارية المخالفة لهذا الدين ، والتي تكون ذات أضرار كثيرة وعواقب وخيمة وأليمة تعود على الفرد والمجتمع[٢] ، فتنتفي صلة تضمنه لولاية المحاكم الشرعية كالمطالبة بأعيان محرمة في دين على تركة كالخمور أو ما يشابهها ، أو كالمطالبة بأسهم محرمة تركها المورث لورثته ، وكذلك لو أراد وارثون إجراء تخارج خاص لبعضهم في مال غير متقوم شرعاً بسبب حرمته فإن المحكمة الشرعية لا تتم إجراء معاملة التخارج هذه لأن التخارج بيع ، وإن تم البيع لما هو مناف لتعاليم الإسلام وأحكامه عن طريق المحكمة الشرعية فهذا يعني إقراراً من قبلها بصحته وصحة بيعه وشرائه بصفتها صاحبة الولاية عليه في جوازه من عدمه .

أما الدارج في معاملات التخارج العام لدى محاكم التوثيقات الشرعية أن يتم التخارج لكل التركة دون علم المحكمة الشرعية بماهية الشيئ المتخارج عنه ، وبناءً عليه يرى الباحث أنه من الأفضل أن توضح ماهية الأشياء والأعيان التي يتم التخارج عليها خشية إقرار ما لا يصح إقراره ، وإجازة ما لا يجوز إجازته .

٤. إن الشارع لم يحرم شيئاً عبثاً بل حرمه لدفع الضرر عن العباد والتسهيل عليهم ، وبما أن المحاكم الشرعية تحكم بما أنزل الله ، وتنتهج النهج القويم في تطبيق هذا الدين الحنيف ، وهو مقصد الشريعة الإسلامية في تحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل والدنيا والآخرة لكي يقوم الناس بخلافة الأرض ، بجلب المنافع

([١]) . ابن حنبل ، **مسند الإمام أحمد بن حنبل** ، مصدر سابق ، رقم الحديث ١٧٨٢٢ ، ج ٢٩ ، ص ٣٥٦ . قال عنه المحقق : إسناده ضعيف جداً . حيث كان سند الحديث : حدثنا موسى بن داود ، قال : أخبرنا ابن لهيعة ، عن عبد الله بن سليمان ، عن محمد بن راشد المرادي ، عن عمرو بن العاص . وأضاف المحقق : أن عبد الله بن لهيعة سيئ الحفظ ، ومحمد بن راشد المرادي مجهول غير معروف ، ويبدو أنه سقط رجل بين محمد بن راشد وعمرو بن العاص

([٢]) . القصير، عبد الله صالح (١٤١٨هـ) ، **الذكرى بخطر الربا حقيقته ، صوره ، ضرره** ، الطبعة الثالثة ، ص ٦٣ ، دار الوطن ، الرياض ــ السعودية .

لهم ودفع المضار عنهم وإخلاء المجتمع من المفاسد[١] . وبما أن المحاكم الشرعية تقوم بتطبيق شرع الله تعالى ، وتنزيل أحكامه على أرض الواقع فلا يمكن لها أن تقوم بالحكم بغير ما أنزل وتخالف مراده جل وعلا .

٥. مع ذهاب الفقهاء بأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان ونوع الخصومة[٢] ، فيجب أن يكون مجلس الحكم أو مكان المحاكمة في ولاية القاضي ، ولا يجوز للقاضي تجاوز حدود اختصاصه[٣] . فجاء في رد المحتار أن القضاء يتخصص ويقبل التقييد كالإذن بالحكم والقضاء للقاضي في قضية فلان ، وسلبه منه في قضية آخر[٤] .

وهو ما أتت به المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية[٥] . فإن هذا لا يعني الإقرار بما تحكم به المحاكم النظامية من قوانين وضعية تخالف الشريعة وأحكامها . فيكون لزاماً تطبيق المحاكم المدنية لأحكام الشريعة الإسلامية أسوةً بالمحاكم الشرعية .

- ملخص القرار .

تعتبر دعوى المطالبة بدين على تركة دعوى مسموعة أمام المحاكم الشرعية ما دام الدين المطالب به لم يكن ناشئا عن مال محرم .

---

(١) . الخياط ، عبد العزيز عزت (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) ، **مقاصد الشريعة وأصول الفقه** ، بلا رقم طبعة ، ص ١٧ ، مطابع الدستور ، عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : الشاطبي ، **الموافقات في أصول الشريعة** ، مصدر سابق ، ص٨ .

(٢) . جعيط ، محمد العزيز (بلا تاريخ طبعة) ، **الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية** ، الطبعة الثانية ، ج ١ ، ص ٣٢ ، مكتبة الاستقامة ، مطبعة الإرداة ، تونس العاصمة ــ تونس .

(٣) . داود ، أحمد محمد علي (٢٠٠٤م) ، **أصول المحاكمات الشرعية** ، الطبعة الأولى / الإصدار الأول ، الجزء الأول ، ص ١٥٥ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : واصل ، **السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام** ، مصدر سابق ، ١٦٥ ــ ١٦٨ .

(٤) . ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٣٤٢ .

(٥) . نصت المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية على : "القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان أو المكان واستثناء بعض الخصومات ، مثلاً القاضي المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة أو بعد مرورها . وكذلك القاضي المنصوب في قضاء يحكم في جميع محلات ذلك القضاء وليس له أن يحكم في قضاء آخر . والقاضي المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم في محل آخر . وكذلك لو صدر أمر سلطاني بأن لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للقاضي أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها ، أو كان القاضي بمحكمة مأذوناً باستماع بعض الخصومات المعينة ولم يكن مأذوناً باستماع ما عدا ذلك فله أن يسمع الخصومات التي أذن بها فقط وأن يحكم فيها وليس له استماع ما عداها والحكم بها . وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص ، لما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق ، فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد ، وإذا عمل لا ينفذ حكمه" . انظر : لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٣٦٧ .

وحيث إن حكم المحكمة الابتدائية قد صدر بالحكم للمدعية بمبلغ ناشئ عن المعاملات الربوية . وهو مخالف لما رأته هذه المحكمة الاستئنافية ، فقد قررت فسخ الحكم الابتدائي الصادر بهذه الجزئية المتعلقة فيه .

المطلب الثاني : في الاختصاص المكاني ، القرار رقم (٣٨٣٢٦)[١] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٩٥/١/١٦م ، بعد أن استأنفت المدعى عليها قرار المحكمة الابتدائية ، القاضي أن من ضمن صلاحياتها المكانية نظر هذه الدعوى ، والتي موضوعها طلب تخفيض نفقة صغير . علماً أن قرار المحكمة الابتدائية هذا من القرارات التي يجوز استئنافها استقلالاً كما نصت بذلك المادة ١٣٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م[٢] . ، ولوجود خلاف بين قرارين سابقين كانا قد صدرا في نفس موضوع القرار ، فقد صدر هذا القرار بهيئته الخماسية .

- قرار المحكمة الابتدائية .

أقام المدعي وهو المستأنف ضده دعوى لدى محكمة عمان الجنوبية الشرعية يطلب فيها تخفيض نفقة ابنه الصغير المفروضة عليه . وقد دفعت المدعى عليها المستأنفة دعوى المدعي بأن محكمة عمان الجنوبية الشرعية التي تنظر الدعوى غير مختصة مكانياً لرؤية هذه الدعوى بسبب مركز المدعى عليها القانوني . زاعمة أنها تقيم في منطقة مخيم شنلر الواقعة في جبل الأمير فيصل ، والتي تتبع هذه المنطقة مكانياً لمحكمة الرصيفة الشرعية . فقررت محكمة عمان الجنوبية رد دفعها بعدم الاختصاص المكاني ، معللةً قرارها أن لجميع المحاكم الشرعية الحق برؤية دعوى تخفيض النفقة عملا بالفقرة الخامسة من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م ، والتي تنص على أنه : "لجميع المحاكم حق تقدير النفقة للأصول ، والفروع ، والصغار ، وفاقدي الأهلية ، والزوجات ،

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٣٧ .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١م ، ص ٩٣١ . حيث نصت المادة ١٣٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه : "يجوز استئناف الأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى ، وقرارات الوظيفة ، والصلاحية ، ومرور الزمن" .

وتقدير أجرة الحضانة والرضاع والمسكن"[١] . فاهمة أن طلب تخفيض النفقة هو كطلب النفقة نفسها .

- مضمون القرار الخماسي .
- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. لمّا جاء قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م منظماً لموضوع الاختصاص المكاني للمحاكم الشرعية . بأن أوجد محاكم متعددة موزعة على مناطق جغرافية معينة[٢] ، للتيسير على الناس ورفع المشقة عنهم والوصول إلى الحق بأيسر الطرق ، ولتحقيق العدالة التي هي الهدف الأسمى للمشرع . فقد حدد الصلاحية المكانية لكل محكمة من المحاكم الشرعية . وأوجد قاعدة أمّاً في الاختصاص المكاني لنظر الدعوى وهي بإقامة الدعوى مكان إقامة المدعى عليه باعتبار أنه على المدعي أن يلاحق المدعى عليه في مكان إقامته . كما تكاد تجتمع تشريعات دول العالم على عقد الاختصاص المكاني لمحكمة مكان المدعى عليه كقاعدة مكرّسة ، ويرجع الأصل في ذلك إلى براءة ذمة المدعى عليه وأن الظاهر يشهد له ، فيجب مراعاة جانبه وتسهيل مهمته في دفاعه عن نفسه . إضافة إلى أن المدافع يطلب السلامة لنفسه ضد من اتهمه . وإن القول بغير ذلك معناه إجبار البريء للانتقال إلى مكان بعيد لكي يدافع عن نفسه في دعوى يظهر في النهاية عدم صحتها . هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المدعي يرفع الدعوى في الوقت الذي يناسبه ، فيجب أن يكون هناك توازن فلا يترك له الخيار بانتقاء المكان . فكان القول بإقامة الدعوى في مكان إقامة المدعى عليه[٣] . مع الأخذ بعين الاعتبار أن الشخص الواحد قد يكون له أكثر من محل إقامة مع التأكيد بأن هذا المحل يعتبر محل النشاط الفعلي لعمل المرء ،

---

[١] . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١م ، ص ٩٣١ . وقد عدلت هذه المادة بموجب قانون أصول المحاكمات الشرعية المعدل رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠١م ، بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١ م ، فصار نص المادة المعدلة بأنه : "لمحكمة إقامة المدعي أو المدعى عليه حق تقدير النفقة للأصول ، والفروع ، والصغار ، وفاقدي الأهلية ، والزوجات ، وطلب الحضانة ، وتقدير أجرة الرضاع والمسكن" . انظر الجريدة الرسمية ، العدد ٤٥٢٤ الصادر بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١م ، ص ٦٠٠٦ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٦٧ .

[٢] . وقد بين الباحث أسماء هذه المحاكم وموقعها الجغرافي ولأي محكمة استئنافية تتبع كل محكمة ابتدائية منهم . انظر المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل التمهيدي .

[٣] . القضاة ، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي** ، مصدر سابق ، ص ١٤٣ ، وانظر أيضا : مساعدة وملكاوي ومنصور ، **شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني** ، مصدر سابق ، ص ٦٨ .

وهو ما ذهب بعض فقهاء القانون[١] . وبالإضافة لما سبق فإن العمل بهذه القاعدة له ميزة تتمثل في أن يكون المتهم معروفاً في المحلة التي يقيم فيها . وهذا ما يتيح تجميع أوفر المعلومات الشخصية عنه . كما أن ملاحقة الفاعل ومحاكمته في هذه المحلة له مفعول ردعي على محيط المتهم[٢] .

٢. إن القانون المسمى استثنى من هذه القاعدة الأم دعاوى عدة ، وبين الاختصاص المكاني لها . والتي كان من ضمنها أنه لجميع المحاكم حق تقدير النفقة للأصول والفروع والصغار وفاقدي الأهلية والزوجات ، وطلب الحضانة ، وتقدير أجرة الرضاع والمسكن.

- فَهِمتْ محكمة استئناف عمان الشرعية في قرارها رقم (٣٥٢٤٩)[٣] إن طلب تخفيض النفقة المقدم أمام محكمة عمان الشرعية الابتدائية ليس من الاختصاص المكاني لها ، كون المدعى عليها تقيم في مدينة إربد . مستنداً هذا القرار على المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م ، حينما قالت : "كل دعوى ترى في محكمة المحل الذي يقيم فيه المدعى عليه ضمن حدود المملكة ، فإن لم يكن للمدعى عليه محل إقامة في المملكة ، فالدعوى ترفع أمام المحكمة التي يقيم فيها المدعي ضمن حدود المملكة ..."[٤] . فكان رأيها أن دعوى تخفيض النفقة لم تستثنَ من القاعدة العامة بل كان الاستثناء لدعوى طلب النفقة ، وما نص عليه دون سواه ، وأن طلب تخفيض النفقة لا يدخل ضمن طلب النفقة .
- بينما جاء في القرارين الاستئنافيين الصادرين عن نفس المحكمة الاستئنافية برقم (٢٨٨٧٨)[٥] ، ورقم (٣٢٣٦١)[٦] أنه يأتي ضمن اختصاص جميع المحاكم الشرعية المكاني[٧] النظر في طلب تقدير النفقة للأصول ، والفروع ، والصغار ، وفاقدي الأهلية ، والزوجات سنداً لما فهمته المحكمة الاستئنافية من الفقرة الخامسة من المادة

---

(١) . ذياب ، **الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون** ، مصدر سابق ، ص ٢٢ . وينظر كذلك : رعد ، نبيل شديد الفاضل (٢٠٠٥م) ، **الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية دراسة مقارنة** ، الطبعة الأولى ، ص ١٦٩ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ــ لبنان . وينظر أيضا ياسين ، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية** ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

(٢) . رعد ، **الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية دراسة مقارنة** ، مصدر سابق ، ص ١٦٩.

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١١٦ .

(٤) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

(٥) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٤ .

(٦) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٠٢ .

(٧) . سندا لنص المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م قبل تعديله .

الثالثة المذكورة ، وأن طلب تخفيض النفقة هو في الواقع طلب إعادة تقدير لها ، ويندرج تحت طلب تقدير جديد للنفقة فيكون مشمولاً من ضمن الاستثناءات الواردة في الفقرة الخامسة من المادة الثالثة سابقة الذكر[1] . ذلك أن نفقة الصغار تقدر بحسب حال المدعى عليه ، على ألا تقل عن حد كفايتهم . كما هو واضح في منطوق المادة ١٨٩ من قانون الأحوال الشخصية رقم ستة وثلاثين لسنة ٢٠١٠م[2] .

٣. ما دام أن حال المدعى عليه المادي يكون قابلاً للتغير ما بين اليسر والعسر ، فتكون نفقة الصغار المفروضة عليه قابلة للزيادة والإنقاص ، وتدورمع حالة المحكوم عليه المالية .

وهذا مستمد من قوله تعالى : ((لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا))[3]. حيث يقول الإمام القرطبي[4] رحمه الله تعالى أن في تفسير هذه الآية مسائل :

الأولى : أي لينفق الزوج على زوجته وعلى ولده الصغير على قدر وسعه حتى يوسع عليهما إذا كان موسعاً عليه . ومن كان فقيراً فعلى قدر ذلك[5] . فتقدر النفقة بحسب الحالة من المنفق والحاجة من المنفق عليه بالاجتهاد على مجرى حياة العادة . والثانية : أنه روي أن

([1]) . ذهب القراران الاستئنافيان رقم ١٨٤٧٧ ، ورقم ٣٧٤٠١ ، والصادران عن محكمة استئناف عمان الشرعية إلى أن جميع المحاكم الشرعية تختص بنظر دعوى طلب زيادة النفقة . انظر : داود ، أحمد محمد علي (٢٠٠٤م) ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى ، الطبعة الأولى / الإصدار الثاني ، ج ٢ ، ص ٦٤٨ ، و٦٥٠ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن .

([2]) . الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٧م ، ص ٥٨٠٩ . حيث نصت المادة ١٨٩ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م على : "يراعى في تقدير نفقة الأولاد حال الأب يسراً أو عسراً على أن لا تقل عن حد الكفاية" . وهو موافق لقانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م حين نصت فيه المادة ١٦٩ منه على أن تقدر نفقة الأولاد على أبيهم بحسب حال الأب عسرا ويسرا على أن لا تقل عن مقدار الكفاية .

([3]) . (الطلاق : ٧) .

([4]) . هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الانصاري الخزرجي الأندلسي ، كنيته أبو عبد الله القرطبي . من كبار المفسرين ، صالح متعبد . من أهل قرطبة . كان حافظا للحديث عالما به بصيرا بالرجال صحيح النقل ، وقيل أنه من أغنى الناس بالعلم ، وأحفظهم للحديث ، وأبصرهم بالرجال رحل إلى الشرق ، واستقر بمنية ابن خصيب في شمالي أسيوط بمصر ، وتوفي فيها سنة ٦٧١ هــ . انظر : ابن عساكر ، **تاريخ دمشق** ، مصدر سابق ، ج ٥١ ، ص ١١٦ . وانظر أيضا : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٣٢٢ .

([5]) . القرطبي ، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي (١٣٨٤هــ/١٩٦٤م) ، **الجامع لأحكام القرآن** ، الطبعة الثانية ، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ج ١٨ ، ص ١٧٠ ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ــ مصر . وانظر أيضا : ابن كثير ، أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن عمر (١٤١٩هــ/١٩٩٨م) ، **تفسير القرآن العظيم** ، الطبعة الأولى ، تحقيق د. محمد إبراهيم البنا ، ج٨ ، ص٣٥٥٥ ، دار ابن حزم ، بيروت ــ لبنان .

عمر رضي الله عنه فرض للمنفوس[١] مائة درهم ، وفرض له عثمان خمسين درهماً . وقد روي أن امرأة كانت ترد على عثمان بن عفان رضي الله عنه ففقدها فقال لأهله : ما لي لا أرى فلانة ؟ فقالت امرأته : يا أمير المؤمنين ولدتِ الليلة ، فبعث إليها بخمسين درهما وشُقَيقة سنبلانية[٢] . ثم قال : هذا عطاء ابنك ، وهذه كسوته ، فإذا مرت له سنة رفعناه إلى مائة . ويروي الإمام القرطبي أنه قيل : هذا الفرض قبل الفطام مما اختلف فيه العلماء ، فمنهم من رآه مستحباً لأنه داخل في حكم الآية ، ومنهم من رآه واجباً لما تجدد من حاجته وعرض من مؤنته ، وبه يقول ـــ أي القرطبي ـــ . ولكن يختلف قدره بحاله عند الولادة وبحاله عند الفطام . وأنه يُحتمَل أن يكون هذا الاختلاف بحسب اختلاف السنين ، أو بحسب حال القدر في التسعير لثمن القوت والملبس . والثالثة : أن هذه الآية أصل في وجوب النفقة للولد على الوالد دون الأم[٣] . والمتأمل لما سبق يرى مطابقة المادة ١٨٩ المذكورة لهذه الفقرة السابقة .

٤. إن تغير الحياة المعيشية الحاصلة ، وتبدل ظروفها بارتفاع أسعار السلع والحاجيات وانخفاضها يعتبر سبباً مبرراً لطلب زيادة النفقة أو إنقاصها . وقد نصت المادتان الواحدة والسبعون[٤] و٣٤٣[٥] من كتاب النفقات الشرعية على أن فــرض النفقة وتقديرها ليس بالأمر المستقر[٦] .
٥. إن المتمعن بكيفية تقدير النفقة والداعي له يتيقن من أن فرض النفقة والزيادة عليها أو الحط منها إنما هما وجهان لعملة واحدة ، فكلاهما نفقة وكلاهما تقدير جديد لها . ذلك أن الداعي للتغير والتبدل فيها يعتمد على شقين :

---

(١) – المنفوس : هو المولود حديثاً قبل أن تطهر أمه من نفاسها .
(٢) . الشقيقة السنبلالية : صنف من الثياب .
(٣) . القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، مصدر سابق ، ، ج ١٨ ، ص ١٧٠ ـــ ١٧٢ .
(٤) . تنص المادة ٧١ من كتاب النفقات الشرعية على أن : "فرض النفقة وتقديرها ليس بالأمر المستقر . وعليه يجوز تزييد النفقة وتنقيصها ، يعني كما يمكن تزييد النفقة عند الطلب إن كانت قدرت له والكفاية كذلك يمكن تزييدها بالطلب إذا حصل غلاء وارتفعت الأسعار ، والحكم في التنقيص والتنزيل مماثل لهذا أيضا" .
(٥) . تنص المادة ٣٤٣ من كتاب النفقات الشرعية على أن : "الصلح الحاصل بطريق التقدير لا يلزمه دوام للأزمنة الآتية حيث يمكن تزييده وتنقيصه ، وعلى ذلك لو ادعت الزوجة لدى القاضي بعدم كفاية المقدار المقرر صلحا أو أن الأسعار قد ارتفعت بعد الصلح فأصبح المقدار المقرر صلحا غير كاف ، وتحقق ذلك بإقرار الزوج أو نكوله أو بالبينة ، فللقاضي أن يزيد تلك النفقة إلى القدر المعروف والمقدار الكافي . وكذا لو ادعى الزوج أن المقدار المقرر صلحا هو أكثر من قدر الكفاية ومن المقدار المعروف وأنه لا يقدر على دفعه وطلب تنزيله ، فللقاضي أن يجري التحقيق فإن ظهر أن الزوج قادر على دفعه أبقاه ، وأن تحقق لديه بأنه غير مقتدر نزله إلى قدر الكفاية" . وأحال إلى المادة ٧١ من كتاب النفقات الشرعية فقال راجع المادة ٧١ .
(٦) . لجنة من فطاحل العلماء تشكلت بأمر من المشيخة الإسلامية (١٩٣٧م) ، **كتاب النفقات الشرعية** ، بلا رقم طبعة ، ص ١٦، ١٧ ـــ ٧٣ ، مطبعة الرغائب ، ترجمة رأفت الدجاني عام ١٩٣٧ م ، القاهرة ـــ مصر . حيث أورد ذلك تحت الفصل الثاني من الباب الأول ، والمسمى ضوابط عمومية لكافة النفقات .

الأول : تغير حال المحكوم عليه وحصول التغيير على قدرته المالية بالتحسن أو السوء . ذلك أن النفقة تفرض عليه على حسب حاله المادي .

والثاني : تبدل حال الصغير المحكوم له بكبر سنه وازدياد حاجياته والتي تفرض نفقته له على قدر كفايته ، أو أن تصبح النفقة زائدة عن كفاية الصغير ، أوتملكه وغناه المفاجئ ويساره المادي ، من مال آل إليه من وصية أو هبة أو غيرهما مع قدرته على الاستفادة مما صار إليه وإمكانية التصرف فيه[١] ، وبالتالي عدم استحقاقه للنفقة . حيث نصت المادة التاسعة والخمسون من قانون الأحوال الشخصية رقم ستة وثلاثين لسنة ٢٠١٠م على أن نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها[٢] .

وقد حدد القانون المدة التي يجوز فيها لطرفي الحكم أن يطالب أحدهما بفرض تعديل على النفقة بالحط منها أو الزيادة عليها فنصت المادة ٢٠٢ من قانون الأحوال الشخصية المذكور على أنه : "لا تسمع دعوى الزيادة أو النقص في نفقة الزوجة أوالأقارب المفروضة قبل مضي سنة على الحكم بها ما لم تحدث ظروف استثنائية"[٣] . فلا تكون الدعوى مسموعة إن كانت قد رفعت أمام المحكمة ، وطُلب فيها بإنقاص الحكم المفروض وتخفضيه ، أو تعديله بالزيادة عليه[٤] إلا إذا كان طرفا الدعوى قد اتفقا على ذلك واصطلاحا على التخفيض أو الزيادة قبل مرور المدة القانونية المحددة .

٦. فسر الدكتور التكروري سبب تحديد القانون للمدة الزمنية فقال أن التغير العادي للأسعار يتم بشكل بطيئ ، وإن مرور المدة الزمنية التي حددها القانون يتصور أن يحصل خلالها تغير في الأسعار من حيث ارتفاعها ، أو انخفاض تكاليفها . مالم تحدث طوارئ استثنائية[٥] .

---

(١) . فإن امتلاك الصغير قطعة أرض من حصص على الشيوع وعدم قدرته على التصرف بها بالبيع أو الرهن لا يعتبر يسارا للصغير ، وبالتالي عدم استحقاقه للنفقة لأن الغنى مشروط بإمكان بيع العقار الزائد عن الحاجة . انظر أبو سيف ، مأمون محمد (٢٠١٠م) ، **اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية** ، بلا رقم طبعة ، ص ٣٨ ، عالم الكتاب الحديث ، إربد ــ الأردن .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٧م ، ص ٥٨٠٩ .

وهو نفس نص المادة ١٦٦ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م . انظر : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ٥٠٦١ الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٧م ، ص ٥٨٠٩ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .

(٤) . السرطاوي ، محمود علي (١٤٣١هــ/٢٠١٠م) ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، الطبعة الثالثة ، ص١٤٣ ، دار الفكر ، عمان ــ الأردن .

(٥) . التكروري ، عثمان (٢٠٠٤م) ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، الطبعة الأولى / الإصدار الثاني ، ص ١٤٢ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . علما أنه أورد أن المدة التي يجوز بعدها طلب الزيادة على النفقة

٧. إن مدار الحديث حول هذه الفقرة "لجميع المحاكم حق تقدير النفقة للأصول والفروع والصغار وفاقدي الأهلية والزوجات ، وتقدير أجرة الحضانة والرضاع والمسكن" وبإمعان النظر فيها يتبين أن زيادة النفقة أو تخفيضها هي تعديل لتقدير النفقة المفروضة في السابق . وحيث استقر اجتهاد محكمة استئناف عمان الشرعية على أن دعوى طلب زيادة النفقة هو من اختصاص كافة المحاكم الشرعية ، فيتبين أن طلب تخفيض النفقة هو كطلب زيادتها فهو تعديل للنفقة وإعادة تقدير لها ، فتأخذ حكمها وتكون بذلك كل المحاكم الشرعية مختصة بنظر طلب النفقة أو زيادتها أو الحط منـــها .

٨. إن القانون في ترتيبه لمواده جعل الحديث عن زيادة وإنقاص النفقة بعد الحديث عن استحقاق النفقة وكيفية فرضها ، فقال في حق نفقة الزوجة : "تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً ، وتجوز زيادتها ونقصـــها تبعاً لحالته ، على أن لا تقل عن الحد الأدنى بقدر الضرورة من القـــوت والكســـوة والسكن والتطبيب ..."[١] . وهو ما يمكن حمله على جميع النفقات .

فبذلك قررت هذه المحكمة الاستئنافية تصديق قرار المحكمة الابتدائية لموافقته لما رأته هذه المحكمة من ترجيح ما جاء به القراران الاستئنافيان لرقم (٢٨٨٧٨)[٢] ورقم (٣٢٣٦١)[٣].

- ملخص القرار .

جواز إقامة دعوى طلب تخفيض النفقة في مكان إقامة المدعي أو المدعى عليه .

أو الانقاص منها هي ستة أشهر . وهي ما كانت تنص عليه المادة ٧١ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ م . والتي تم تعديل مدة الزيادة والانقاص فأصبحت سنة .

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ١٧/١٠/٢٠١٠م ، ص ٥٨٠٩ . المادة ٦٤ من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ م . وهو نفس نص المادة ٧٠ من قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م .

(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٤ .

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٠٢ . وعليه فإن هذا ما جاء به قانون أصول المحاكمات الشرعية في إيجاده الإطار العام وتحديده للمحاكم المختصة مكانيا بنظر الدعاوى والاستثناءات الحاصلة فيه ، بيد أن هذا التخصيص غير ملزم لطرفي الدعوى في حال اتفاقهما على الترافع أمام محكمة غير مختصة مكانيا بنظر الدعوى ، وعدم تعرض المدعى عليه لموضوع اختصاص المحكمة المكاني أو إثارته . انظر : ياسين ، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية** ، مصدر سابق ، ص ٢٢٨ . كما أنه لا يحق للمحكمة أن تثير عدم اختصاصها المكاني . بخلاف ما هو حاصل في الاختصاص الوظيفي . كما أنه لا يحق للمدعى عليه أن يثير هذا الدفع بعد جوابه على الدعوى بالاقرار أو الإنكار أو إثارة دفع آخر . انظر : شرف الدين ، عبد العظيم (٢٠٠٦م) ، **المرافعات الشرعية** ، الطبعة الأولى ، ص ١٠٦ ، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية ، القاهرة ـــ مصر .

المبحث الثاني : الوكالة .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : في توكل القريب عن قريبه ، القرار رقم (١٢٥٧٢) .

المطلب الثاني : في توكل القريب عن قريبه ، القرار رقم (١٢٥٧٣).

المطلب الثالث : في وجود قيد مجتمعين ومنفردين في متن الوكالة ، القرار رقم (٣٠٠١٦) .

المطلب الرابع : في صحة الوكالة ، القرار رقم (٤٤٩٣٦) .

المطلب الخامس : في توكيل الوكيل لغيره ، وبيان العلاقة والصفة بين الوكيل والموكل ، القرار رقم (٥٤١٣٦) .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : توكيل الوكيل لغيره .

الفرع الثاني : بيان العلاقة والصفة بين الوكيل والموكل .

المطلب الأول : في توكل القريب عن قريبه ، القرار رقم (١٢٥٧٢)[1] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية ، بتاريخ ١٩٦٣/٢/٤م بعد أن استأنفت المدعية حكم المحكمة الشرعية الابتدائية . وقد صدر هذا القرار خماسياً لرغبة هذه المحكمة الاستئنافية في العدول عن مبدأ تتبعه في موضوع القرار . علما أنه تم انتداب قاضي محكمة عمان الشرعية الابتدائية قاضياً استئنافياً لاستكمال عدد الهيئة الخماسية .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكماً وجاهياً برد دعوى المدعية طلبها التفريق بينها وبين زوجها المدعى عليه بسبب الشقاق والنزاع الحاصل بينهما ، مقيمة حكمها على عجز المدعية عن الإثبات وإعراضها عن تحليف المدعى عليه اليمين الشرعية ، وكذلك رد دعوى الطلاق الذي تدعي به لعجزها عن الإثبات ، ولحلف المدعى عليه اليمين الشرعية بأنه لم يكن يقصد طلاقها عند حلفه عليها اليمين بأن لا تذهب لبيت أبيها أو إلى دار أخرى طالماً أن عديله في إحداهما ، ولأنها دخلت الدار وكان عديله فيها .

---

(1) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٦ .

- مضمون القرار الخماسي .

قررت هذه المحكمة الاستئنافية بداية عدم إجابة طلب المستأنفة ، الذي تطلب فيه رؤية الاستئناف مرافعةً ، مبررةً المحكمة عدم ما يوجب ذلك . وبتدقيقها تبين لها أنه صدر في قرارها الاستئنافي رقم (٩٩١٣)[١] ومضمونه أن وكالة القريب لا تقبل إذا كان الموكل قد أقام عنه وكيلاً من المحامين ، سنداً لما جاء في الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين رقم إثنا عشر لسنة ١٩٥٢م حين نصت على أنه : "مع مراعاة أحكام المادة السابقة ــ وهي المادة الخامسة[٢] ــ لا يحق لمن لا يحمل إجازة قانونية بتعاطي مهنة المحاماة الشرعية أن يرافع بالوكالة عن شخص آخر أو ينوب عنه في أية جلسة تعقدها محكمة شرعية أو أي موظف تابع لها ، غير أنه يستثنى من ذلك الأشخاص المذكورون أدناه حيث يجوز لهم بإذن المحكمة أن ينوبوا عن فريق لا يمثله محام ، وهم : أ- الزوج . ب- أحد الأصول أو الفروع . جـ- الصديق ، ويشترط في ذلك أن لا يكون للمذكورين أعلاه أي حق في المطالبة بأية أجرة لقاء أي عمل قاموا به ، وأن لا يكون للإذن المذكور مفعول إلا في الدعوى التي صدر فيها ، وأن لا يصرح لأحد بأن يتوكل بموجب هذه المادة كصديق للمتداعين إذا ظهر للمحكمة أنه اعتاد ممارسة هذا العمل"[٣] .

وبالتبصر في هذه المادة يظهر أن هذه المادة أجازت توكيل الخصم لأقربائه من الأشخاص المذكورين مشروطا هذا الجواز بشرطين :

الأول: أن تأذن المحكمة للوكيل بالحضور والمرافعة والمخاصمة والمدافعة عن قريبه الموكل.

والثاني : أن لا يكون للموكل وكيل من المحامين الشرعين .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨ .

(٢) . لتمام المعنى لا بد من إيراد المادة المشار إليها في المادة السادسة في الفقرة الأولى منها ، وهي المادة الخامسة ، والتي تنص على أن : "الدعاوى التي تقام لدى المحاكم الشرعية وتكون الحكومة فيها أحد المتداعين أو ذات علاقة تخولها حق الدخول فيها ، يجوز أن يمثل الحكومة فيها ويتولى الدفاع عنها أحد الاشخاص المذكورين أدناه : ١- النائب العام أو المدعي العام أو أي من ممثلي النيابة العامة . ٢- رئيس الدائرة التي لها علاقة بالدعوى . ٣- أي موظف آخر يعتمده رئيس الدائرة . لا يطلب إلى المذكورين أعلاه إبراز وكالة تخولهم النيابة عن الحكومة إلا إذا كان الذي يمثلها أحد موظفي الدائرة غير رئيسها ، فيترتب عليه عندئذ أن يبرز وكالة خطية موقعة من رئيس دائرته تخوله النيابة عن تلك الدائرة ، وهذه الوكالة لا يستوفى عنها رسم ، ولا تلصق عليها طوابع" .

(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ١١٠١ الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٣/١م ، ص ١١٧ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٧٩ .

وقد اجتمعت هيئة المحكمة الاستئنافية وانعقدت بهيئتها الخماسية ، لتدقق وتمحص في المادة التي يأتي عليها مدار القرار ، وهي المادة السادسة من القانون المذكور . وبإعادة النظر فيها تبين لهيئة القرار أن الشرط الثاني ونصه "أن لا يكون للموكل وكيل من المحامين الشرعين" لا يرد على إطلاقه بل هو مقيد في حال حضور الوكيل المحامي ، أما إن كان الوكيل المحامي غائباً فيكون للوكيل القريب أو الصديق الحق في أن يمارس حقه في الوكالة .

ويؤيد هذا الفهم ما نُص عليه في الفقرة الأولى من المادة السادسة المذكورة في استثنائها لمن استثنتهم من شرط حمل إجازة المحاماة الشرعية ، وفي جواز أن ينوبوا عن طرف الدعوى الذي لا يمثله محام شرعي . وإن والد المدعية المستأنفة وكيلها قد مثل موكلته ورافع عنها في دعواها في غياب الوكيل المحامي ، والعمل بهذا الفهم أقرب لتحقيق العدالة التي توخاها القانون المذكور بالسماح للقريب أو الصديق أن يمثل موكله وأن ينوب عنه . وهو ما اعترض عليه وكيل المستأنف ضده ، وعليه فإن اعتراضه على الوكالة يكون غير صحيح .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. بما إن المادة التي يدور حولها القرار وضحت أن الأصل في الترافع أمام المحاكم الشرعية بالنيابة والوكالة عن الخصم في الدعوى أن يكون حاملا لإجازة المحاماة الشرعية التي تمنحها اللجنة المركزية للمحاماة الشرعية ، والتابعة لدائرة قاضي القضاة . إلا أنها تضمنت استثناءً لهذا الشرط باستثنائها للزوج ، وأحد الأصول ، أو الفروع ، أوالصديق في المرافعة أمام المحاكم الشرعية بالوكالة عن طرف الدعوى . وهذا ما يُستقرأ مما جاء في القاعدة الفقهية التي تقول : "إذا بطل الأصل يصار إلى البدل"[1] . فيفهم من المادة السادسة هذه أن الأصل هو المحامي الشرعي والبدل هو الاستثناء للأشخاص المذكورين ولا يصار إلى البدل مع وجود الأصل ، فلا يجوز حضور الوكيل الصديق أو القريب حال حضور المحامي الأصيل ، أما في حال غيابه فلا بأس في حضور الوكيل القريب أو الصديق وتمثله عـــن موكله .

([1]) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج١ ، ص ٤٩ . وانظر أيضا : الندوي ، **القواعد الفقهية مفهومها نشأتها تطورها دراسة مؤلفاتها أدلتها مهمتها تطبيقاتها** ، مصدر سابق ، ص ٣٨٧ . وانظر أيضا : العبد اللطيف ، عبد الرحمن بن صالح (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م) ، **القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير** ، الطبعة الأولى ، ص ٦٢٩ ، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة ــ السعودية .

٢. جاء في القاعدة الفقهية "ما جاز لعذر بطل بزواله"[١] ، وهي ذاتها المادة الثالثة والعشرين من مجلة الأحكام العدلية ، وفي شرحها يقول القاضي علي حيدر : "إن الأشياء التي تجوز على الأعذار والضروريات إذا زالت تلك الأعذار والضروريات بطل الجواز فيها . وضرب مثلاً لذلك في أن الشهادة على الشهادة إنما جوزت بناءً على عدم تمكن الشاهد الأصيل من حضور مجلس الحكم لمرض مقعدٍ أو غيبةٍ بعيدة . فإذا أبَلّ[٢] الشاهد الأصيل من مرضه أو حضر الغائب من غيبته لا تجوز الشهادة على الشهادة"[٣].

- ملخص القرار .

جواز مرافعة الزوج أو أحد الأصول أو الفروع أو الصديق عن موكله في حال غياب المحامي الموكل من قبل الوكيل . وفي حال حضوره لا تقبل مرافعتهم .

وفي هذا القرار رأت المحكمة الاستئنافية أن المحكمة الابتدائية جانبت الصواب في عدم إجابة طلب المدعية إحضار شاهدها الأخير بواسطة المحكمة ، وعللت ذلك إن عدم إحضاره من قبل المدعية يعتبر عجزاً عن الإثبات[٤] . فترى هذه المحكمة أن تعليل المحكمة الابتدائية بعدم إحضار الشاهد الأخير كان يجب أن يكون لعدم كفايته لإثبات الادعاء المدعى به . وترى كذلك أن دعوى إثبات الطلاق التي استحدثتها المحكمة الابتدائية وسمعت عليها البينات لم تدعي بها المدعية بوجه يصح معه قبولها كدعوى والنظر فيها . كما أن أحد الشهود لم يذكر صيغة يقع بها الطلاق ولم يدعه بوجه شرعي ، وعليه فقد كان اشتغال المحكمة الابتدائية في سماع البينات على الطلاق في غير محله . كما أنه قامت بلفت نظر المحكمة الابتدائية والتنبيه عليها حيث أن وكيل المدعى عليه وقع على محضر الضبط باعتباره وكيل المعترض مع أن هذه الدعوى ليست بدعوى اعتراضية . كما أن المستأنف وكيل المدعية والدها قدم لائحة استئنافه باعتباره محامياً ، وهو ليس كذلك بل كانت وكالته عن المدعية باعتباره والدها .

---

(١) . ابن نجيم ، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان** ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .

(٢) . أبل : شفي وبرأ . انظر : ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ . وانظر كذلك : مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ٧٢ .

(٣) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج١ ، ص ٣٥ .

(٤) . تنص المادة ٥٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه : "إذا عجز الخصم عن إحضار شهوده في اليوم الذي تعينه المحكمة للمرة الثانية دون عذر مقبول ، ولم يطلب إحضارهم بواسطة المحكمة فللقاضي أن يعتبره عاجزا" . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١م ، ص ٩٣١ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٨٠ .

المطلب الثاني : في توكل القريب عن قريبه ، القرار رقم (١٢٥٧٣)[١] **.**

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٦٣/٢/٥م ، بعد أن استأنفت المدعية "المعترضة" حكم محكمة إربد الشرعية الابتدائية[٢] ، والقاضي برد دعواها الاعتراضية على حكم الطاعة الغيابي الصادر بحقها . وقد صدر هذا القرار خماسياً لرغبة المحكمة الاستئنافية في العدول عن مبدأ كانت تتبعه . علماً أنه تم انتداب قاضي محكمة عمان الشرعية قاضياً استئنافياً لاستكمال عدد الهيئة الخماسية .

- ووجهة نظر الباحث أن هذا القرار هو تكرار للقرار الخماسي السابق رقم **(١٢٥٧٢)** . فكان الأجدر عدم انعقاد هيئة خماسية في هذا القرار ، ذلك أن الهيئة الخماسية لا تعقد إلا في حالتين :

الأولى : اذا رأت المحكمة الاستئنافية أن المسألة الفقهية أو القانونية التي ينبغي عليها الفصل في أية قضية مستأنفة قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر .

الثانية : إذا كان من رأي المحكمة الاستئنافية العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة جاز لها أن تصدر قرارها في تلك القضية بما تراه صوابا[٣] .

وهذا القرار لا ينطبق عليه أي من الحالتين المذكورتين ، حيث إن المبدأ المتبع سابقا ، والناص على عدم قبول وكالة القريب إذا كان الموكل قد أقام عنه وكيلا من المحامين تم العدول عنه في القرار الاستئنافي السابق والصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم (١٢٥٧٢) . ولم يأت هذا القرار بمبدأ جديد ليصار لاتباعه بل هو تأكيد وتكرار لما ورد في القرار السابق المذكور . وقد عمل الباحث على ذكر هذا القرار وبيانه لحمله صفة القرار الخماسي ، وانعقاده من هيئة استئنافية من خمسة أعضاء .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٦ .

(٢) . حيث لم تكن محكمة استئناف إربد الشرعية قد أنشئت بعد ، وكانت محكمة إربد الشرعية تخضع لمحكمة استئناف عمان الشرعية .

(٣) . انظر المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م ونصها : "إذا رأت محكمة الاستئناف أن المسألة الفقهية أو القانونية التي ينبغي عليها الفصل في أية قضية مستأنفة قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر ، أو كان من رأيها العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة ، جاز لها أن تصدر قرارها في تلك القضية بما تراه صوابا ، وفي هذه الحالة تنعقد المحكمة من خمسة قضاة ، ويكمل قاضي القضاة هيئة المحكمة عندئذ بطريق الانتداب" . انظر الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١م ، ص ٩٣١ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

المطلب الثالث : في وجود قيد مجتمعين ومنفردين في متن الوكالة ، القرار رقم (٣٠٠١٦)[١] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٨٩/٤/٦م ، بعد أن استأنف المدعى عليه حكم المحكمة الابتدائية الصادر بحقه . ولوجود خلاف بين القرارات الاستئنافية الصادرة في نفس الموضوع صدر هذا القرار الخماسي .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي بإلزام المدعى عليه بأن يدفع لزوجته المدعية مبلغ أربعين ديناراً أردنياً نفقة شهرية لها ولسائر لوازمها الشرعية اعتباراً من تاريخ الطلب الواقع في ١٩٨٨/٩/٧م .

- مضمون القرار الخماسي .

يتبين أن المدعى عليه قد قام بتوكيل محاميين اثنين ليكونا وكيلين عنه بموجب وكالتهما الخاصة المحفوظة في ملف الدعوى ، إلا أن وكالتيهما خلت من قيد توكيله لهما "مجتمعين ومنفردين" ، وقد مثل أحد الوكيلين عن موكلهما أمام المحكمة بالدعوى وحده دون حضور الوكيل الآخر ، وتمت إجراءات الدعوى دون حضور الوكيل الثاني ، ولم تتحقق المحكمة الابتدائية من أخذ الوكيل الحاضر لرأي زميله الوكيل الثاني الغائب في إجراءات الدعوى ، ولم يثبت لها ذلك وقامت بفصل الدعوى .

بمراجعة القرارات الاستئنافية السابقة الصادرة في نفس الموضوع تبين لها ما يلي :

- جاء في القرار الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم (٩٤٥٨)[٢] أنه يجوز لأحد الوكلاء أن ينفرد بالخصومة عن موكله ، ولو لم يرد قيد "مجتمعين ومنفردين" المذكور في الوكالة .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٩٠ . علما أن هذا القرار عزا إليه القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف معان الشرعية برقم ٨٥٠ بتاريخ ٢٠١١/٦/١٤م . وكذلك القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف إربد الشرعية برقم ١١٣٤٢ بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٠م .

(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٧ .

- كما وجد أيضا في القرارين الاستئنافيين الصادرين عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم (١٦٥٢٦)[١] ، ورقم (٢٧٠٨٥)[٢] ما مضمونهما أنه إن كان للخصم أكثر من وكيل فلا يجوز لأحد الوكلاء أن ينفرد بالخصومة عن موكله ، إذا لم يرد القيد المذكور في الوكالة .
- كما أفادت القرارات الاستئنافية الصادرة عن محكمة استئناف عمان الشرعية بالأرقام (١٦٧٨٩)[٣] ، و(١٩٥٣٧)[٤] ، و(٢٩٤٨١)[٥] أنه إن كان للخصم أكثر من وكيل فإنه لا يجوز لأحد الوكلاء الانفراد بالخصومة في حالة خلو الوكالة من هذا القيد "مجتمعين ومنفردين" ، ما لم يثبت بوجه شرعي أن الوكيل الحاضر قد أخذ رأي زميله الوكيل الغائب الذي وكل معه ، لأن الموكل حينما وكل أكثر من وكيل فيكون قد رضي برأيهم مجتمعين ، ولم يرض برأي أحدهم منفرداً[٦] ، ولا يمكن قبول ما يقوله الواحد منهم إلا إذا تضمنت الوكالة القيد المذكور .

وحيث يظهر مما سبق وجود الاختلاف والتعارض فيما ذهبت إليه القرارات السابقة ، ولبيان الرأي المعتمد ليكون نهجاً واضحاً متبعاً ، فقد تشكلت هيئة القرار الخماسي هذا ، وفي بحثها ومراجعتها لما يتعلق بذات الموضوع تبين أن الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ من القانون المدني الأردني نصت على : أن الوكلاء إن وكلوا بعقد واحد ولم يأذن الموكل لكل منهم بالانفراد كان عليهم إيفاء الموكل به مجتمعين ، وليس لأحدهم أن ينفرد إلا فيما لا يمكن الاجتماع عليه كالخصومة بشرط أخذ رأي من وكل معه لا حضوره أو فيما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كإيفاء الدين ورد الوديعة[٧] .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٨ .

(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٧٨ .

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٨ .

(٤) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٤٠ .

(٥) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٧ .

(٦) . وفي ذلك يقول الشيخ نظام أنه : "إذا وكل رجلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا فيه دون الآخر إذا وكلهما بكلام واحد . والأصل أن كل تصرف لا يحتاج فيه إلى الرأي ، فإذا وكل به رجلين ففعل ذلك أحدهما دون الآخر لا يجوز . وكل تصرف يحتاج فيه إلى الرأي إذا وكل به رجلين ففعل أحدهما دون الآخر جاز". انظر : جماعة من علماء الهند ، الشيخ نظام و (١٤١١هـ/١٩٩١م) ، **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان المسمى بـ(فتاوى العالمكيرية)** ، وبهامشه فتاوى قاضيخان ، والفتاوى البزازية ، الطبعة الثانية ، ج ٣ ، ص ٥٦١ ، دار صادر ، بيروت ـ لبنان .

(٧) . الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢ . وانظر أيضا : داود ، محمد داود حسين (٢٠٠٩م) ، **أحكام الوكالة الدورية غير القابلة للعزل في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني** ، رسالة ماجستير نوقشت في جامعة النجاح في فلسطين ، ص ٣٩ ، ٤٠ . وانظر أيضا : فارس ،

ونصت المادة ١٤٦٥ من المجلة على أنه "إذا وكل واحد اثنين معا بأمر فليس لأحدهما أن وحده التصرف في الأمر الذي وكلا به ، ولكن إذا كانا قد وكلا بالخصومة أو برد وديعة أو إيفاء دين فلأحدهما أن يوفي الوكالة وحده" . وفي شرحها يقول العلامة حيدر أنه إن وكل أحد شخصين معا ، وبعبارة أخرى إذا وكلهما بكلام واحد فليس لأحدهما وحده التصرف في الخصوص الذي وكلا به ولو كان البدل معينا ، لأن الموكل راض باجتماع رأي الاثنين ولم يرض برأي أحدهما فقط . ويضيف أنه استثني من هذا الضابط مسائل الخصومة ورد الوديعة ورد العارية ورد المغصوب ورد المبيع بعيب فاسد وتسليم الهبة وقضاء الدين والطلاق بغير مال . أي أنه يجوز في هذه المسائل الثمانية انفراد أحد الوكيلين في الوكالة ، فيجوز للوكيل منفرداً أن يتولى المخاصمة والمحاكمة عن موكله لكن يلزم انضمام رأي الآخر معه . لأن إبقاء كل واحد منهما منفرداً مستقلاً بقراراته عن الآخر مؤداه حدوث التنازع والخصام والتزاحم على التصرف[1] .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. إن انفراد كل من الوكيلين باتخاذ القرارات من جهته فإنه يؤدي إلى التخبط والفساد ، ولله المثل الأعلى بقوله : ((لَوۡ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا))[2] .

فلو خاصم أحد الوكيلين من دون انضمام رأي الوكيل الآخر معه فإن ذلك لا يجوز ، فيكون حضور أحد الوكيلين دون حضور الوكيل الآخر معه في مجلس الحكم ،

٢. إن اشتراط اجتماع الوكيلين في مجلس الحكم والقضاء يحتمل وجهين إما تكلمهما معاً ، وهذا باعث للإخلال بإعلام كل واحد منهما بما يريد إعلامه ، وإخلال باستماع

علي فارس (٢٠٠٤م) ، **سلطات وموجبات الوكيل وانتهاء وكالته في القانون المقارن** ، الطبعة الأولى ، ص ١٠١ ، ١٠٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ــ لبنان . إلا أنه يفرق ويشرح ما جاء في مادة القانون المدني ٨٢٤ بين تعدد الوكلاء في نفس الموضوع في ذات الوكالة وفيها يرى أنه لا يجوز لأحد الوكلاء الانفراد بالتصرف دون الآخرين إلا إن كانت طبيعة التصرف لا يمكن معها اجتماع الوكلاء عليه في وقت واحد ، كالخصومة مثلا حيث يتعذر اجتماع الوكلاء جميعهم لما يفضي من إثارة للشغب في مجلس القضاء ، وما بين تعدد الوكلاء في وكالات مختلفة وفيها يجوز لكل واحد من الوكلاء أن ينفرد بالتصرف الموكل فيه دون الحاجة إلى استطلاع رأي الآخرين أو علمهم لأن التوكيل على هذا الوجه يعطي كل واحد منهم الحق في التصرف كاملا ، وتنتهي وكالته بالقيام بالتصرف الذي وكل فيه . انظر ايضا : المكتب الفني لنقابة المحامين ، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٦٣٧ .

(1) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص٥٨٧، ٥٨٩ .

(2) . ((لَوۡ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَاۚ فَسُبۡحَٰنَ ٱللَّهِ رَبِّ ٱلۡعَرۡشِ عَمَّا يَصِفُونَ)) . (الأنبياء :٢٢) . وانظر : القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٨٢٣٤٠ بتاريخ ٢٠١١/١/٩م .

القاضي لهما فازدحام الكلام يؤثر على الفهم ويخل به . إضافة لما يحدثه من إثارة للشغب وحصول للتشويش في أمر المحاكمة وتهييج للشر فيها ، وهذا مما يأباه الحاكم في مجلس حكمه ويرفضه . وإما تكلمهما على التعاقب وفي هذا إطالة لأمد التقاضي وباعث للانشغال بمخاصمات غير متناهية عندما يكون للخصم أربعة وكلاء أو خمسة أو أكثر . كما أن تعدد الوكلاء وتشاورهم في مجلس الحكم فيه إخلال بمهابة المجلس(١) .

٣. جاء تفصيل الحديث عن تعدد الوكلاء في مرشد الحيران أنه "إذا وكل وكيلين بعقد واحد فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف فيما وكل به إلا إذا كان لا يحتاج فيه إلى الرأي كإيفاء اليد ونحوه أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة ، فإنه يجوز لكل منهما الانفراد وحده بشرط أخذ رأي الآخر في الخصومة لا حضرته . فإن وكلهما بعقدين جاز لكل منهما الإنفراد بالتصرف مطلقا"(٢) .

٤. ورد في هذا القرار الخماسي أنه جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن مصدر المادة ٨٤٢ من القانون المدني السابقة الذكر تعرف بالرجوع للمادة ٩٢٥ من مرشد الحيران ، وبمراجعة شرح المذكرة الإيضاحية للمادة ٨٤٢ المذكورة وجد ما أورده القرار الخماسي . وعند الرجوع للمادة ٩٢٥ من كتاب مرشد الحيران لم ير

---

(١) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص٥٨٧، ٥٨٩ . وانظر أيضا : الرافعي ، **التحرير المختار لرد المحتار** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢١٧ . وانظر أيضا : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٣٢ ، ٣٣ . حيث يقول أما الوكيلان في الخصومة فكل واحد منهما يتصرف بانفراده عند أصحابنا الثلاثة ــ ويقصد الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ــ وعند زفر لا ينفرد إذ أن الخصومة مما يحتاج إلى الرأي ولم يرض برأي أحدهما فلا يملكه أحدهما دون صاحبه ، وقول الأئمة الثلاثة أن الغرض من الخصومة إعلام القاضي بما يملكه المخاصم واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع ، لأن ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان إضافة التوكيل إليهما تفويضا للخصومة إلى كل واحد منهما فأيهما خاصم كان تمثيلا ، إلا أنه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه . وانظر أيضا : ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٤٠٩ . حيث قال بعد قيد لا ينفذ تصرف أحد الوكيلين : "وفي الخصومة يشرط رأي الآخر لا حضرته على الصحيح" . وانظر أيضا : الكويت ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، **الموسوعة الفقهية** ، مصدر سابق ، ج ٤٥ ، ص ١٧٨ ــ ١٨١ . وانظر أيضا : المرغيناني ، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني (بلا رقم طبعة) ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، رقم الطبعة غير متوفر إلا أنه كتب عليها الطبعة الأخيرة ، ج ٣ ، ص ١٤٨ ــ ١٥٠ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، القاهرة ــ مصر .

(٢) . قدري باشا ، محمد (١٣٠٨هـ/١٨٩١م) ، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان** ، الطبعة الثانية ، المادة ٨٠٩ ، ص١٣٢ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ــ مصر . وإليها أحال الدكتور محمد شريف عبد الرحمن في كتابه الوكالة في التصرفات القانونية إلا أن ذكره لرقم المادة لم يكن دقيقا حيث قال نصت المادة ٩٠٢ من مرشد الحيران على ... وذكر نص المادة ٨٠٩ ، وبمراجعة المادة ٩٠٢ تبين أنها تنص على : إذا سرق الرهن في يد المرتهن أو العدل بلا تقصير منه في حفظه وكانت قيمته قدر الدين أو أكثر سقط الدين عن الراهن ولا يضمن المرتهن الزيادة إلا إذا ثبت أن الرهن لم يكن موضوعا في حرز مثله . انظر : عبد الرحمن ، محمد شريف عبد الرحمن أحمد (٢٠٠٩م) ، **الوكالة في التصرفات القانونية** ، بلا رقم طبعة ، ص ١٩٣ ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ــ مصر .

الباحث ما يتعلق بجزئية تعدد الوكلاء بشكل خاص ولم يجد ما يتعلق بالوكالة بشكل عام . حيث أن نص المادة ٩٢٥ من كتاب مرشد الحيران تأتي تحت باب الصلح على الأعيان ونصها : إذا كان للصبي المأذون له بالتجارة دين على آخر جاز له أن يصالح بنفسه مديونه على تأجيل الدين إلى أجل معلوم(١) . فكان لزاماً التأكد من نص المادة وموضوعها ورقمها عند الإحالة إليها .

ومما سبق فقد استقر رأي الهيئة الخماسية على ما ذهبت إليه القرارات الاستئنافية الصادرة عن محكمة استئناف عمان الشرعية بالأرقام (١٦٧٨٩) ، و(١٩٥٣٧) ، و(٢٩٤٨١) من إنه إذا وكل أكثر من وكيل في وكالة خاصة أو عامة ، ولم تتضمن الوكالة قيد موضوعنا "مجتمعين ومنفردين" ، فإنه يتوجب على الوكلاء المتعددين إيفاء الموكل به مجتمعين ، وليس لواحد منهم أن ينفرد بالحضور والمرافعة والمدافعة والمباشرة في إجراءات الدعوى ، وتمثله عن موكله بإقراره أو تصديقه أو دفعه أو إنكاره دون الأخذ برأي من وكل معه . بل يتوجب عليه الأخذ برأي الوكلاء الموكلين معه ، وثبوت ذلك للمحكمة التي تنظر الدعوى بوجه شرعي . ذلك أن الموكل عندما قام بتوكيله لأكثر من وكيل واحد قد رضي برأيهم مجتمعين لا برأي أحدهم منفرداً عن الباقين . وإن تفرد أحدهم بالحضور وتمثله في الدعوى عن موكله فإن الخصومة تكون بذلك غير صحيحة وغير كاملة .

ويكون للمحكمة التي نظرت الدعوى الصلاحية في تثبتها من أخذ الوكيل الحاضر لرأي زميله الغائب بما يحقق لها ويولد عندها القناعة الكاملة في ذلك . كتكليف الوكيل الحاضر بإبراز مستند خطي يثبت موافقة زميله الوكيل الغائب لما خصه من إجراءات تمت بغيابه ومصادقته عليها ، أو حضوره أمام المحكمة وإقراره بما جرى على لسان زميله من وقائع بإقرار أو إنكار أو دفع ، وغير ذلك مما يولد التثبت بحصول أخذ الرأي لدى المحكمة الابتدائية ويحققه في وجدانها .

- ملخص القرار .

إذا وُكل أكثر من وكيل في وكالة خاصة أو عامة ، ولم تتضمن الوكالة قيد "مجتمعين ومنفردين" ، فإنه يتوجب على الوكلاء المتعددين إيفاء الموكل به مجتمعين . وليس لواحد

---

(١) . قدري باشا ، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان** ، مصدر سابق ، المادة ٩٢٥ ، ص ١٥٤ .

منهم أن ينفرد بالحضور والمرافعة والمدافعة والمباشرة في إجراءات الدعوى وتمثله عن موكله دون الأخذ برأي من وكل معه.

المطلب الرابع : في صحة الوكالة ، القرار رقم (٤٤٩٣٦)[١] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٩٨/٦/٣٠ م ، بعد أن استأنفت المدعية حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعوى طلب مشاهدة صغيرين . ولوجود خلاف بين القرارات الاستئنافية السابقة الصادرة في موضوع هذا القرار ، فقد صدر هذا القرار خماسياً ليكون مرجحاً لرأي على آخر . علماً أن أحد أعضاء الهيئة الاستئنافية خالف ما ذهبت إليه الأكثرية .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي برد دعوى المدعية طلبها مشاهدة الصغيرين موضوع الدعوى للنقص الحاصل في وكالة المحامي الموكل عن المدعية .

- مضمون القرار الخماسي .

قامت المدعية بتوكيل محام عنها بموجب وكالة خاصة ، ولم يذكر في متن هذه الوكالة اسم المحكمة التي تنظر الدعوى الموكل بها ولا رقمها الأساسي ولا موضوعها . وهذه العناصر لا بد من ذكرها في متن صك الوكالة حتى تحوز الشروط القانونية ، وتتوفر معها الخصومة .

وبتدقيق القرارات الاستئنافية الصادرة في نفس الموضوع تبين لها ما يلي :

- جاء في القرارين الاستئنافيين الصادرين عن محكمة عمان الشرعية برقم (٤٠٠٦٥)[٢] ، ورقم (٣٦٩٢٦)[٣] أن عدم توقيع الوكالة من قبل الوكيل لا يسوغ للمحكمة الاعتماد عليها ولا تتحقق الخصومة من خلالها . فإن اعتمدتها المحكمة الابتدائية فإن ذلك يكون غير صحيح ، وإن تم الاستئناف فستقوم المحكمة الاستئنافية بفسخ الحكم وإعادة الدعوى لمصدرها لإجراء الإيجاب الشرعي .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٦٦ .

(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٤٢ .

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٣٢ .

- كما ورد في القرار الصادر عن هذه المحكمة أيضا برقم (٤٤٥٧٢)[١] أن عدم تضمن وكالة المدعي لاسم المدعى عليه الموكل ضده لا تكون بذلك الوكالة صحيحة ، بل تكون مفتقرةً لأحد عناصر صحتها وتكون دعوى المدعي حينئذ حرية بالرد .

وبالنظر في القرارات المتعارضة السابقة ، ولترجيح أحد الاتجاهين في هذا الموضوع على الآخر تم إصدار هذا القرار الخماسي ليكون نهجاً تتبعه المحاكم الشرعية ضمن الإقليم الواحد .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. نصت المادة ١٤٦٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : "يلزم أن يكون الموكل به معلوماً علماً يمكن معه إيفاء الوكالة"[٢] . فلا يصح التعميم في الوكالة وتركها معممةً دون توضيح ماهية العين الموكل به[٣] .
٢. إن ذكر موضوع الدعوى ورقمها الأساسي في متن الوكالة ، وكذلك ذكر اسم المحكمة الناظرة للدعوى ، وذكر الوكيل واسم الموكل والموكل ضده عناصر أساسية لا بد من النص عليها وبيانها في متن صك الوكالة حتى يكون الموكل به معلوماً، وتنتفي منه الجهالة المفرطة والمخلة في أصل الوكالة[٤] ذلك أن الجهالة الكثيرة تمنع صحة التوكيل ، وإن كانت قليلة لا تمنع وهذا من الاستحسان[٥] . كما جاء في شرح المادة

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٦٤ .

(٢) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، المادة ١٤٦٨ ، ص ٢٨٥ . وانظر أيضا : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص٥٩٥. وانظر أيضا : الرافعي ، **لتحرير المختار لرد المحتار المعروف بتفريدات الرافعي على حاشية ابن عابدين** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢١٨.

(٣) . الأسيوطي ، محمد بن أحمد المنهاجي (١٣٧٤هـ/١٩٥٥م) ، **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود** ، الطبعة الثانية ، ج ١ ، ص ١٩٤ ، بلا اسم دار نشر ، بلا مكان نشر . حيث جاء فيه أنه لو قال الموكل للوكيل : "وكلتك في كل قليل وكثير وفي جميع أموري ، أو فوضتك في كل شيئ . لم يصح لأنه مجهول من كل وجه" .

(٤) . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٧٩١٧٣ بتاريخ ٢٠١١/٣/٣١م . وكذلك القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة إربد الشرعية برقم ١٠٨٣٤ بتاريخ ٢٠١٢/٩/٣م . وكذلك القرار الاستنافي الصادر عن محكمة معان الشرعية برقم ١٧٢ بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٨م .

(٥) . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٣ . وانظر أيضا : الطير ، عبد الكريم محمد (٢٠٠٧م) ، **أحكام المحامي في الفقه الإسلامي** ، بحث منشور ضمن مجلة الدراسات الاجتماعية التي تصدر عن جامعة العلوم والتكنولوجيا في صنعاء باليمن ، العدد رقم ٢٣ شهر نيسان من عام ٢٠٠٧م ، ص ١٤٧ .

١٥١٦ من المجلة للعلامة حيدر أن بيان الموكل لمن وكله شرط لصحة الوكالة . كما أن بيان المدعى به في الوكالة شرط أيضا[١] .

٣. إن كانت الجهالة قليلة بحيث علم الموكل فيه فإنه يجوز التوكيل ، فيكفي أن يعلم الموكل فيه من وجه يقلل معه الغرر[٢] ، حيث يقول الإمام الكاساني[٣] رحمه الله تعالى : "أن الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة ، لأن مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة ــ ويضيف ــ إذا ثبت أن الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلّت الجهالة صح التوكيل" . وقد نص الشيخ نظام في كتابه الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان على أنه : يحتمل الجهالة اليسيرة في الوكالة[٤] . أما إن كانت الجهالة فاحشة بعدم ذكر الموضوع لم تقبل[٥] . فلو ذكر في متن الوكالة أن الوكيل موكل عن موكله المدعي بذكر عناصر الوكالة كافة ، وعند ذكره اسم الموكل ضده ذكر اسمه من مقطعين مع ذكر العلاقة أوالقرابة بين موكله والموكل ضده ، كأن يقول أنا الموقع أدناه "ويذكر اسمه كاملاً" قد وكلت وأقمت مقامي المحامي "ويذكر اسم المحامي المراد توكيله" لينوب عني ويقوم بتقديم وإقامة الدعوى والمرافعة والمدافعة والمحاكمة والمخاصمة في الدعوى التي ستتكون بيني وبين "ذكر علاقته به ، وذكر اسمه من مقطعين" والتي موضوعها ورقمها "وذكر موضوع الدعوى ورقمها التي تحمله" ، وذلك أمام محكمة "ويذكر اسم المحكمة المراد إقامة الدعوى فيها" مع تنظيم الدعوى وتوقيعها حسب الأصول . فهذا يعد من الجهالة اليسيرة التي تصح وتقبل معها الوكالة .

٤. بما إن مواضيع الدعاوى متعددة وأرقام الدعاوى مختلفة لتميزها عن غيرها ، فلربما يقيم مدع على مدعى عليه دعوى ثم يتركها أو يغيب عنها ثم يقوم بإقامة دعوى

---

(١) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٦٥٠ و ٦٥١ .

(٢) . السبيهين ، محمد بن علي (١٣٩٢هــ/١٣٩٣هــ) ، **الوكالة في الفقه الإسلامي** ، رسالة علمية حصل موجبها مقدمها على درجة الماجستير من جامعة أم القرى ، بلا رقم طبعة ، ص ٤٧ ، بلا اسم دار نشر أو مكان طبع .

(٣) . هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، فقيه ، أصولي حنفي ، من أهل حلب ، من كتبه بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع والسلطان المبين في أصول الدين . وتوفي في حلب سنة ٥٨٧ هــ . انظر : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٧٠ . وقد ورد اسمه في هذا المرجع الكاشاني ، حيث تلفظ بالسين والشين . وانظر أيضا : كحالة ، **معجم المؤلفين** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٧٥ ، ٧٦ .

(٤) . الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان المسمى بــ(فتاوى العالمكيرية)** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٥٦١ .

(٥) . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٨٦٦٥٤ بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٢٤م .

غيرها على المدعى عليه ذاته وبنفس موضوع الدعوى الأولى . فتشترك الدعويان في ذات المعلومات الحاصلة في كل واحدة منهما إلا أن الفرق بينهما يكون في رقم كل واحدة منهما ، وإن ذكر رقم الدعوى إضافة لباقي عناصرها فإن الموكل به حينئذ يكون محدداً معلوماً واضحاً .

٥. جاء في شرح المجلة للعلامة علي حيدر أنه يلزم أن يكون الموكل به معلوماً بحيث يكون إيفاء الوكالة قابلاً على حكم الفقرة الأخيرة من المادة ١٤٥٩ من المجلة[١] ، لأن الموكل به إذا لم يكن معلوماً يمتنع عليه أن يصدع بأمور موكله ويقوم بالموكل به[٢] .

٦. عرفت المادة ٨٣٣ من القانون المدني الأردني بقولها : الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم[٣] . فجعلت العلم بماهية الشيئ الموكل به من قيود الوكالة وأركان تعريفها ، فلا يمكن أن تكون الوكالة في مبهم مجهول .

٧. نصت المادة ٨٣٤ من نفس القانون على أن من شروط صحة الوكالة أن يكون الموكل به معلوماً وقابلاً للنيابة[٤] ، حتى يكون قابلاً للتنفيذ ومميزاً عن غيره . وجاء في البدائع أن علم الوكيل شرط لصحة الوكالة، وأن من شروطها أيضاً بيان ماهية الشيئ الموكل به[٥].

٨. إن استدعاء المدعي ليباشر في حضور جلسات دعواه ، أو تكليف الوكيل صاحب الوكالة غير المتحققة للشروط القانونية بإحضار وكالة جديدة عن موكله وعدم رد الدعوى مباشرة يأتي من باب التيسير ورفع الحرج والمشقة التي دعى إليها الشارع

---

(١) . نصت المادة ١٤٥٩ من مجلة الأحكام العدلية على : "يصح أن يوكل أحد غيره في الأمور التي يقدر على إجرائها بالذات وإيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات . مثلا : لو وكل أحد غيره بالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والرهن والارتهان والإيداع والاستيداع والهبة والاتهاب والصلح والإبراء والإقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة وإيفاء الديون واسيفائها وقبض المال ، يجوز ولكن يلزم أن يكون الموكل به معلوما".

(٢) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٥٩٦ .

(٣) . الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢ . وانظر أيضا : المكتب الفني لنقابة المحامين ، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٦٣٤ .

(٤) . الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢ . وانظر أيضا : المكتب الفني لنقابة المحامين ، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص٦٣٤ ، ٦٣٥ . وقد استندت لهذه المادة قرارات استئنافية عديدة انظر منها : القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة إربد الشرعية برقم ٨٤٢٦ الصادر بتاريخ ٢٠١١/٦/١٦م . وكذلك القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة عمان الشرعية برقم ٨٦٦٥٤ بتاريخ ١٢/٢٤ / ٢٠١٢م . وكذلك القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة معان الشرعية برقم ١٧٢ بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٨م . والمقصود بقبول النيابة : أي جواز التصرف الذي يسمح به الشرع والعرف والقانون بتمثل الغير به .

(٥) . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦، ص ٢١ .

الحكيم في نصوص كثيرة ، فقال عز وجل في سورة الحج : ((وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ مِّلَّةَ أَبِيكُمۡ إِبۡرَٰهِيمَ))[١] . وقال أيضا في سورة المائدة : ((مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجۡعَلَ عَلَيۡكُم مِّنۡ حَرَجٖ))[٢] . وكذلك أيضاً فقد جاء في السنة النبوية المطهرة في الحديث الذي رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (إن هذا الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه ، فسددوا وقاربوا وأبشروا ويسروا)[٣] .

وجاء في مسند الإمام أحمد في الحديث الذي يرويه محجن بن الأدرع رضي الله عنه[٤] أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (إن خير دينكم أيسره ، إن خير دينكم أيسره ، إن خير دينكم أيسره)[٥] . كما أن هذا يوافق الحديث المروي عن ابن عباس[٦] رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[٧] . وبما أن القضاء هو جزء من هذا الدين ، فإنه يدخل تحت مقصد الشارع في رفع الحرج والمشقة

---

(١) . (الحج : ٧٨) .

(٢) . (المائدة : ٦) .

(٣) . النسائي، أحمد بن شعيب الخرساني (١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م) ، **سنن النسائي** بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، تحقيق عبد الفتاح ابو غدة ، الطبعة الثانية ، رقم الحديث ٥٠٣٤ ، ج ٨ ، ص ١٢١ ، حلب ــ سورية . وقال عنه الشيخ الألباني : حديث صحيح . وانظر أيضا : ابن حبان ، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميمي (١٤١٤هـ/١٩٩٣) ، **صحيح ابن حبان** ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، الطبعة الثانية ، رقم الحديث ٣٥١ ، ج ٢ ص ٦٣ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ــ لبنان . وفيه قال الشيخ شعيب : إسناده صحيح على شرط البخاري .

(٥) . ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م) ، **جامع المسانيد** ، تحقيق د. علي حسين البواب ، الطبعة الأولى ، ص ٣٦ ، مكتبة الرشد ، الرياض ــ السعودية . وانظر أيضا : ابن حنبل ، **مسند الإمام أحمد بن حنبل** ، مصدر سابق ، رقم الحديث ٢٠٣٨٩ ، ج ٣٣ ، ص ٤٥٨ . وقيل في تخريجه أنه حسن لغيره . وقال عنه الشيخ الألباني أنه حديث حسن . انظر : البخاري ، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م) ، **الأدب المفرد** ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، رقم الحديث ٣٤٢ ، ص ١٢٥ ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ــ لبنان .

(٦) . هو الصحابي الجليل عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم ، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولد عام الشعب فى الشعب قبل الهجرة بثلاث سنين ، وكان يقال له حبر الأمة ، والبحر لكثرة علمه ، دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحكمة ، وحنكه بريقه حين ولد . وكان أحد الستة من الصحابة الذين هم أكثر رواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي رحمه الله تعالى بالطائف . انظر : النووي ، **تهذيب الأسماء واللغات** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ .

(٧) . ابن ماجه ، **سنن ابن ماجه** ، مصدر سابق ، كتاب الطلاق ، رقم الحديث ٢٠٤٥ ، ج ٣ ، ص ٢٠١ . وقال عنده المحقق أنه حديث صحيح .

عن العباد بالتيسير عليهم دون إفراط ولا تفريط ، بحيث يتم حفظ الحق وإيصاله لصاحبه ، ودون التأثير على أصل الحق أو المساس به .

وهو ما سببته هيئة القرار في قولها وهو ما ترى فيه تحقيق العدالة . والتي هي هدف القضاء الأول .

٩. إن القول برد الدعوى لحصول الخطأ غير المقصود في ترك عنصر من عناصر الوكالة ، وإفهام الوكيل أن له الحق إن رغب بإقامة دعوى جديدة عن موكله بوكالة جديدة مستوفية لسائر الشروط القانونية يعد إطالة لأمد التقاصي وتأخيراً في وصول صاحب الحقه لحقه . وهذا ما يأباه ديننا الحكيم وشرعنا القويم .

فيرى هذا القرار أنه عندما يقوم المدعي بتوكيل محام عنه لإقامة دعوى يريدها ويوقع له وكالته ويصدقها المحامي الوكيل . فإن ذلك يتضمن حصول أصل التوكيل لإقامة الدعوى . ولكن إذا تبين أن الوكالة غير مستوفية لشروطها القانونية فعلى المحكمة إلا تعتبرها ، وعليها أن تقوم باستدعاء المدعي للحضور أو تكلف وكيله بتقديم وكالة جديدة مستوفية لشروطها القانونية . أما إن سارت المحكمة الابتدائية في الدعوى دون مراعاة ذلك ، واستؤنفت الدعوى ، فستقوم المحكمة الاستئنافية بفسخ حكم المحكمة الابتدائية وإعادة القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب والمقتضى اللازم دون أن تقوم برد الدعوى[1] . وهي موافقة بذلك ما جيئ به في القرارين الاستئنافيين برقم (٤٠٠٦٥) ، ورقم (٣٦٩٢٦) . وحيث كان حكم المحكمة الابتدائية بخلاف ما استقرت عليه المحكمة الاستئنافية فقد تم فسخ الحكم الابتدائي ، وإعادة الدعوى لمصدرها لإجراء الإيجاب .

- مضمون قرار المخالفة .

حيث حكمت المحكمة الابتدائية برد دعوى المدعية طلبها مشاهدة الصغيرين موضوع الدعوى ، وحيث قامت المدعية بتوكيل محام عنها بموجب وكالة خاصة أبرزها في الدعوى ،

---

(1) . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٨٤٦٤٨ ، بتاريخ ٢٠١٢/٦/٢٦م ، والناص على أن خلو الوكالة من توقيع الموكل لا يسوغ للمحكمة الاعتماد عليها ولا تتحقق بموجبها الخصومة . جاء موافقا لهذا الاستقرار القضائي الاستئنافي القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف إربد اشرعية برقم ٨٤٢٦ الصادر بتاريخ ٢٠١١/٦/١٦م بقوله : وحيث خلت وكالة المحامي من بيان الشيء الموكل به مما يجعل وكالته غير صحيحة ولا تتوفر فيها الخصومة ، فتقرر رد الاستئناف شكلا وإعادة الدعوى لمصدرها لإجراء الإيجاب . وقد أوردت هذا القرار لما ذكرته في المطلب الثاني من المبحث الثالث من الفصل التمهيدي عند التساؤل في أن صدور قرار خماسي عن إحدى المحاكم الشرعية هل يعد ملزما لقرينتها الأخرى ؟ أم أنه قاصر على ما يتبعها من محاكم ابتدائية ؟ .

وحيث لم يبين فيها ما وكل به حتى يكون الموكل به معلوماً وهو ما لا بد منه لجواز الاعتماد عليه كما ورد في شرح المادة ١٥١٦ من المجلة للقاضي علي حيدر . حيث جاء في شرحها "أن بيان المدعى به في التوكيل بالخصومة شرط"[١] ، ولِما جاء في الفقرة ج من المادة ٨٣٤ من القانون المدني الأردني لصحة الوكالة "أن يكون الموكل به معلوما"[٢] ، فالوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم[٣] ، فالوكيل في الوكالة الخاصة ليس له إلا مباشرة الأمور المعينة فيها وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكل بها . فيكون مقيداً بما وكل به . وجاء في الكتاب الحادي عشر من مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر "إذا أراد أحد أن يوكل آخر للخصومة لزم أن يبين أو يعمم ما قد وكله للخصومة معه ، ويلزم أن يذكر صراحة الشيء الذي يراد التوكيل به ، أي يبين المدعى به صراحة ، فإذا لم يذكر ذلك لا تصح الوكالة"[٤] . وهذا موافق لما جاءت به القرارات الاستئنافية الصادرة عن محكمة استئناف عمان الشرعية بالأرقام (٢٥٥٥٥)[٥] ، و (٣٦٩٢٦)[٦] ، و (٤٠٠٦٥)[٧] . وبذلك تكون الوكالة غير معتبرة ، ولا يسوغ للمحكمة الابتدائية الاعتماد عليها ولا تتحقق بموجبها الخصومة لوجود الجهالة الفاحشة فيها . وبذلك قرر العضو المخالف عدم اعتبار هذه الوكالة ، ورأى أنه ولتوفر أسباب الحكم وعملاً بالمادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م[٨] رأى أن رد هذه الدعوى حري بالرد لتقديمها ممن لا يملك تقديمها .

بذلك يظهر كيف أن أعضاء الهيئة الاستئنافية كلهم متفقون على وجوب ذكر عناصر الوكالة للتوفر فيها شروط صحتها . إلا أن مدار الخلاف بين العضو المخالف وما ذهبت إليه أكثرية الهيئة هو أن عدم صحة الوكالة هل يجب رد الدعوى أم يكلف الوكيل إحضار موكله لتمثيل نفسه ، أو إحضار وكالة جديدة عنه.

- ملخص القرار .

---

(١) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٦٥٠ ، ٦٥١ .
(٢) . الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢ . وانظر أيضا : المكتب الفني لنقابة المحامين ، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٦٣٥ .
(٣) . الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢ . وانظر أيضا : المرجع السابق ، ص ٦٣٤
(٤) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص٦٥٠ ، ٦٥١ .
(٥) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٧٠ .
(٦) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٣٢ .
(٧) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٥ .
(٨) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

إذا كانت الوكالة غير مستوفية لشروطها القانونية فعلى المحكمة إلا تعتبرها ، وعليها أن تقوم باستدعاء المدعي للحضور أو تكلف وكيله بتقديم وكالة جديدة مستوفية لشروطها القانونية . دون القيام برد الدعوى مباشرة.

المطلب الخامس : في توكيل الوكيل لغيره ، وبيان العلاقة والصفة بين الوكيل والموكل ، القرار رقم (٥٤١٣٦) .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : توكيل الوكيل لغيره .

الفرع الثاني : بيان العلاقة والصفة بين الوكيل والموكل .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ٢٠٠٢/٣/١٠م . حيث استأنف المدعى عليه الحكم الصادر في حقه في دعوى طلب أجرة حضانة ومسكن . ولوجود خلاف بين القرارات الاستئنافية السابقة الصادرة في نفس موضوع هذا القرار ، فقد صدر هذا القرار خماسياً.

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي على المدعى عليه بمبلغ خمسين ديناراً أردنياً شهرياً لمطلقته المدعية ، فحكمته بمبلغ عشرة دنانير أردنية شهرياً أجرة حضانة المثل لقاء حضانة المدعية لابنتها المتولدة لها من المدعى عليه أثناء قيام الزوجية بينهما . وكذلك مبلغ أربعين ديناراً أردنياً شهرياً أجرة مسكن حضانة المثل للصغيرة موضوع الدعوى ، وذلك اعتباراً من تاريخ الحكم الواقع في ٢٠٠١/١٢/٥ م .

- مضمون القرار الخماسي .

قام المدعى عليه بتوكيل أحد الأشخاص وكيلاً عاماً[١] عنه ليقوم بالمرافعة والمدافعة والمخاصمة في كل ما له وما عليه من الدعاوى والمطالبات المقامة لدى كافة المحاكم الشرعية في المملكة وخارجها ، وأذن له بأن يوكل أو ينيب غيره فيما وكل به أو ببعض ما

---

(١) . تقسم الوكالة كما ورد في المادتين ٦٣٦ و٦٣٧ من القانون المدني الأردني إلى ثلاثة أنواع وهي : الخاصة ، والعامة ، والورادة بلفظ عام . انظر : فارس ، **سلطات وموجبات الوكيل وانتهاء وكالته في القانون المقارن** ، مصدر سابق ، ص ٢٦ . وانظر أيضا : المكتب الفني ، نقابة المحامين (٢٠٠٠م) ، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٦٣٦ .

وكل فيه بموجب وكالته العامة الشرعية . ولم تظهر صفة الوكيل أو صلته بالموكل أو درجة قرابته ، ولم تطبق المحكمة الابتدائية منطوق المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين رقم اثنا عشر لسنة ١٩٥٢م بضرورة التحقق من صفة الوكيل بالموكل عندما مَثُلَ الوكيل أمامها ، كما أنها لم تأذن له بالمرافعة في هذه الدعوى عملاً بنفس نص المادة[١] .

الفرع الأول : توكيل الوكيل لغيره .

بعد صدور الحكم في الدعوى المستأنفة قام الوكيل العام المذكور بتوكيل محاميين اثنين مجتمعين ومنفردين وكالة خاصة ، بموجب وكالته العامة عن المدعى عليه ليقوما باستئناف دعوى أجرة الحضانة والمسكن هذه ، ومتابعتها لدى محكمة الاستئناف الشرعية . فقام أحد الوكيلين بصفته وكيلاً منفرداً باستئناف هذه الدعوى .

وبتدقيق هذه المحكمة الاستئنافية واطلاعها على القرارات الاستئنافية السابقة والصادرة في ذات الموضوع تبين لها ما يلي :

- ورد في القرارين الاستئنافيين الصادرين عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم (١٩٣٣٥)[٢] ، ورقم (٢٨٤٣٠)[٣] أن من وكل شخصاً آخر ليس محامياً وليس ممن يجوز توكيلهم استثناء من الذين لا يحملون إجازة قانونية بتعاطي مهنة المحاماة الشرعية ، والذين استثنتهم الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين المذكور ، وهم الزوج ، أو الأصل ، أو الفرع ، أو الصديق ، فإنه يمتنع على هذا الوكيل أن يرافع أمام المحاكم الشرعية . أما إذا وكل هذا الوكيل محامياً ، وكانت وكالته تخوله أن يوكل غيره فيما وكل به أو ببعضه فلا يعتبر هذا التوكيل منه لغيره مرافعة أمام المحكمة حتى يمنع منه بموجب المادة السادسة من قانون المحامين

---

(١) . الجريدة الرسمية عدد ١١٠١ ، الصادر بتاريخ ١/٣/١٩٥٢م ، ص ١١٧ . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦ من قانون المحامين الشرعين رقم ١٢ لسنة ١٩٥٢م على أنه : "...لا يحق لمن لا يحمل إجازة قانونية بتعاطي مهنة المحاماة الشرعية أن يرافع بالوكالة عن شخص آخر أو ينوب عنه في أية جلسة تعقدها محكمة شرعية أو أي موظف تابع لها ، غير أنه يستثنى من ذلك الأشخاص المذكورون أدناه حيث يجوز لهم بإذن المحكمة أن ينوبوا عن فريق لا يمثله محام . أ- الزوج . ب- أحد الأصول أو الفروع . جـ- الصديق ، ويشترط في ذلك أن لا يكون للمذكورين أعلاه أي حق في المطالبة بأية أجرة لقاء أي عمل قاموا به ، وأن لا يكون للإذن المذكور مفعول إلا في الدعوى التي صدر فيها وأن لا يصرح لأحد أن يتوكل بموجب هذه المادة كصديق للمتداعين إذا ظهر للمحكمة أنه اعتاد ممارسة هذا العمل".

(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٣٩ .

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٢ .

الشرعيين ، وله ذلك بحكم ما هو مصرح به بالوكالة ، ويقبل توكيله لهذا المحامي عن موكله الأصيل كما يقبل استئناف المحامي على الحكم بصفته وكيلاً عن وكيل .

- بينما جاء في القرارين الاستئنافيين الصادرين عن ذات المحكمة الاستئنافية برقم (٢٠٣٤٨)[١] ، ورقم (٢٢٠٥٦)[٢] أن من وكل شخصا آخر ليس محامياً ، وليس ممن يجوز توكيلهم استثناء بموجب المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين رقم اثنا عشر لسنة ١٩٥٢م المذكور ، ثم قام هذا الوكيل بتوكيل محام لاستئناف حكم صدر بحق الموكل الأول ، فإن توكيل الوكيل المذكور لمحام عن موكله بموجب الوكالة المذكورة غير معتبر . حيث إن الوكيل الأول غير مخول بتوكيل غيره عنه ليكون وكيلاً عن الموكل الأول كون وكالته غير صحيحة وكونه ليس من من استثني في نص المادة القائم عليها مدار الحديث . وبالتالي فإنه لا يملك في هذه الدعوى حق المخاصمة أو توكيل غيره عنه سواء كان محامياً مجازاً للترافع أمام المحاكم الشرعية أم شخصاً آخر غير مجاز ، فإن استؤنف الحكم من أحد الوكيلين فإنه يكون مقدماً من شخص لا يملك حق استئنافه والطعن فيه ، فيكون رد الاستئناف شكلاً حرياً بالرد .

وحيث أن الحديث مداره حول المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين والتي تنص على أنه "لا يحق لمن لا يحمل إجازة قانونية بتعاطي مهنة المحاماة الشرعية أن يرافع بالوكالة عن شخص آخر أو ينوب عنه في أية جلسة تعقدها محكمة شرعية أو أي موظف تابع لها"[٣] . فبتدقيقها يتبين أن النص في هذه المادة إنما منع هذا الوكيل من المرافعة نيابة عن موكله ، ولم يمنعه من التوكيل لأي محامٍ مأذون له بالترافع أمام المحاكم الشرعية ليقوم بالمرافعة نيابة عن موكله . بل بقي الحق مقرراً ومجازاً له في الوكالة ، لأن الوكيل الأصيل الذي صح توكيل المستأنف له مع عدم بيان العلاقة بينهما قد وكل من يترافع عنه في هذه الدعوى ، وله ذلك بحكم ما هو مصرح بالوكالة .

وبناء عليه تقرر في هذا القرار الخماسي ترجيح القرارين الاستئنافيين (١٩٣٣٥) ، و(٢٨٤٣٠) المذكورين ، والقاضيين بأنه لا أثر لعدم ذكر صلة القرابة أو العلاقة بين الوكيل والموكل على صحة التوكيل ، وإنما يقتصر أثر ذلك على منع الوكيل غير المحامي من

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٤٤ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٥٢ .
(٣) . الجريدة الرسمية عدد ١١٠١ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٣/١م ، ص ١١٧ .

المرافعة عن موكله فقط ، ويبقى له حق توكيل من يترافع عنه بحكم ما هو مصرح به في متن وكالته .

وصحيحٌ أن نص المادة هو عدم جواز الترافع لمن لا يحمل الإجازة القانونية بتعاطي مهنة المحاماة الشرعية بالوكالة عن شخص آخر .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. إن من الشروط المطلوب توفرها في الموكل أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه[١] ، حيث إن التوكيل هو تفويض ما يملكه الموكل من التصرف إلى غيره ، فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض إلى غيره !! فلا بد من أن يكون الموكل مالكاً ليملكه لغيره[٢] . كما يظهر في المادة ١٤٥٧ من مجلة الأحكام العدلية على أنه من شروط الوكالة "يشترط أن يكون المُوَكِل مقتدراً على إيفاء الموكّل به"[٣] . أي أنه يشترط لجواز الوكالة أن يكون الموكل قادراً على صنع الموكل به بالنسبة إلى أصل التصرف ، لأن الوكيل يستفيد ويأخذ ولاية التصرف من الموكل ويملك التصرف من طرف الموكل ، فالذي لا يقدر على التصرف لا يستطيع تمليك ذلك التصرف لغيره[٤] . كما نصت المادة ١٤٥٩ من المجلة أيضاً في الحديث عن شروط الموكل على أنه "يصح أن يوكل أحداً غيره في الأمور التي يقدر على إجرائها بالذات"[٥] .

٢. يستفاد من المادة السابقة بمفهوم المخالفة أنه ليس للموكل أن يوكل أحداً عنه في الأمور التي لا يستطيع إجرائها بالذات .

٣. تطالعنا أيضاً المادة ٨٣٤ من القانون المدني الأردني عند بيانها شروط صحة الوكالة أن من شروط صحتها أن يكون الموكل مالكاً حق التصرف بنفسه فيما وكل فيه . وكذلك أن يكون الوكيل غير ممنوع من التصرف فيما وكل به[٦] .

---

(١) . الجزيري ، عبد الرحمن (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م) ، **الفقه على المذاهب الأربعة** ، بلا رقم طبعة ، ج ٣ ، ص ١٦٩ ، دار الفكر ، بيروت – لبنان .

(٢) . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٠ . وانظر أيضا : المرغيناني ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٣٧ .

(٣) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٢٨٢ .

(٤) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٢٨٣ . وانظر أيضا : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص ٥٤٣ .

(٥) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٢٨٣ . وانظر أيضا : المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٥٤٦ ، ٥٤٧ .

(٦) . الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢ . وانظر أيضا : المكتب الفني لنقابة المحامين ، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٦٣٥ .

٤. بالإضافة لما سبق ما جاء في القاعدة القانونية أن كل ما بني على باطل فهو باطل[١] . وبالتالي لمّا كان الوكيل الأول ليس من الأشخاص المستثنين في المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين فإنه ينطبق عليه المقولة الشائعة التي تقول أن فاقد الشيء لا يعطيه.

وبناء على ما سبق فإن الباحث يرى إن ترجيح ما جاء به القراران رقم (٢٠٣٤٨) ، ورقم (٢٢٠٥٦) قد يكون أقرب للصواب . وهو خلاف ما رآه القرار الخماسي.

- ملخص القرار .

إن لم تذكر صلة القرابة أو العلاقة بين الوكيل والموكل فإنه لا أثر في ذلك على صحة التوكيل . بل يقتصر أثر ذلك على منع الوكيل غير المحامي من المرافعة عن موكله فقط . ويكون له حق توكيل من يترافع عن موكله بحكم ما هو مصرح له به في متن وكالته

الفرع الثاني: بيان العلاقة والصفة بين الوكيل والموكل .

- جاء في القرارات الاستئنافية الصادرة عن محكمة عمان برقم (٢٢٠٥٦)[٢] ، ورقم (٣٩٥٩٢)[٣] ، ورقم (٤١٤٨١)[٤] أنه إذا لم يبين في الوكالة صفة الوكيل أو صلته بالموكل أو درجة قرابته فإن توكيله غير صحيح . مستندةً على ذلك بما نصت عليه المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين في استثنائها للزوج أو أحد الأصول أو الفروع أو الصديق في أن يرافع بالوكالة عن شخص آخر مع عدم حملهم للإجازة القانونية بتعاطي مهنة المحاماة الشرعية .
- بينما جاء في القرار الاستئنافي الصادر عن نفس المحكمة برقم (٤٠٣٠٨)[٥] أنه إذا لم يظهر في الوكالة المبرزة صفة الوكيل أو درجة قرابته بالنسبة للموكل فعلى المحكمة الابتدائية التحقيق في بيان الصفة أو درجة قرابة الوكيل بالموكل وفق المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين نفسه .

---

(١) . الشتري ، سعد بن ناصر بن عبد العزيز (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م) . **شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية** ، الطبعة الثانية ، ص ١٠٣ ، دار إشبيليا ، الرياض ــ السعودية .

(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٥٢ .

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٤١ .

(٤) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٥٠ .

(٥) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٤٤ .

وبمعاودة النظر وتدقيق المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين السابقة الذكر يظهر أنها أجازت استثناءً للأشخاص المذكورين في متنها بأن يتوكلوا عن طرف لا يمثله محام بإذن المحكمة ، ولم يشترط في نص المادة على وجوب ذكر الصفة في الوكالة ، ولا يوجد ما يمنع من تحقق المحكمة من وجود الصفة بين الوكيل والموكل إن لم تذكر في متن الوكالة ، حيث أن عدم النص على الصفة في الوكالة لا يمنع من نفي وجودها . لذا تقرر ترجيح القرار رقم (٤٠٣٠٨) القاضي بأنه على المحكمة التحقيق في صفة الوكيل بالموكل .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. يمكن أن يكون التحقق بوجود الصفة بين الوكيل والموكل بكل ما يولد في وجدان المحكمة الابتدائية القناعة من وجود الصفة بينهما من القرائن ، ودلالة الأحوال أو تكليف الوكيل الإثبات عن طريق البينات ، وهو يقع ضمن السلطة التقديرية للقاضي . ذلك أن وجود الصفة والقرابة بين الفرع وأبيه تظهر جلية من خلال الاسم المشترك بينهما في اطلاع المحكمة على الوثيقة الشخصية لكل واحد منهما . بينما يتطلب تحقق المحكمة من علاقة الوكيل بموكله إن كان الوكيل زوجاً أو صديقاً أو حتى والدة للموكل ، لخفائها وعدم ظهور الصلة والصفة أو القرابة والعلاقة بينهما[1] .

٢. خيرٌ ما جاء به المشرع في نهاية الفقرة الأولى من المادة السادسة حين قال بعد سرده الأشخاص المستثنين في المرافعة أمام المحاكم الشرعية بقوله "ويشترط في ذلك أن لا يكون للمذكورين أعلاه ــ ويقصد الزوج أو أحد الأصول أو الفروع أو الصديق ــ أي حق في المطالبة بأية أجرة لقاء أي عمل قاموا به ، وأن لا يكون للإذن المذكور مفعول إلا في الدعوى التي صدر فيها ، وأن لا يصرح لأحد أن يتوكل بموجب هذه المادة كصديق للمتداعين إذا ظهر للمحكمة أنه اعتاد ممارسة هذا العمل"[2] . حيث نظم المشرع عملية التوكل والترافع في محاكمه الشرعية وأدارها لكي يمنع غير الحامل لإجازة الترافع الشرعية من الترافع في محاكمه دون إجازة ، بأن يكون متستراً تحت غطاء بند الصداقة وادعائه إياها بينه وبين موكله .

---

(1) . جاء في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٩٠٧٧ أن الأخ الشقيق أولى من الصديق ، فلذلك يكون مشمولا بحكم المستثنيات الواردة في المادة السادسة من قانون المحامين الشرعية رقم ١٢ لسنة ١٩٥٢م . وتقبل وكالة الشقيق عن شقيقه . انظر عمرو ، عبد الفتاح عايش (١٤١٠هـ/١٩٩٠) ، **القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية حتى عام ١٩٩٠ م** ، الطبعة الأولى ، ص ٢٨٣ ، دار يمان ، عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : داود ، **القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٧٦٥ .

(2) . الجريدة الرسمية عدد ١١٠١ ، الصادر بتاريخ ١/٣/١٩٥٢م ، ص ١١٧ .

٣. إن توكيل أحد طرفي الدعوى وكيلاً عنه يقع ضمن موضوع الخصومة والتي تعد من النظام العام[١] ، وبالتالي يكون الحق للمحكمة إثارة موضوعها كما يكون الحق أيضاً لطرف الدعوى الآخر فيها ، ويمكن إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى[٢] .

---

(١) . سبق بيان معناه . انظر المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الباب .

(٢) . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة إربد الشرعية برقم ١١٢١٢ بتاريخ ٢٠١٢/١١/١٩م . وكذلك القرار الصادر عن محكمة عمان الشرعية برقم ٨٩٦٢٢ بتاريخ ٢٠١٣/٨/١٣م .

- ملخص القرار .

إذا لم يظهر في الوكالة صفة الوكيل أو درجة قرابته بالنسبة للموكل من غير المحامين ، فعلى المحكمة الابتدائية التحقيق في بيان الصفة أو درجة قرابة الوكيل بالموكل.

ولما سبق كانت نتيجة الاستئناف بفسخ الحكم الابتدائي على الرغم بما جاء من ترجيح جواز توكيل الوكيل غير المأذون له بالمرافعة من توكيل محام مأذون له بذلك وهو ما قامت به المحكمة . أما سبب الفسخ فكان بعدم التحقق من وجود الصفة بين الوكيل الأول والموكل الأول.

المبحث الثالث : أهلية الخصومة ، وتبليغ المدعى عليه ، ودفع الدعوى .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أهلية الخصومة .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في التحري عن ولي فاقد الأهلية قبل تعين وصي مؤقت عليه من قبل المحكمة ، القرار رقم (٢٨٨٧٥) .

الفرع الثاني : في إقامة دعوى طلب تفريق للشقاق والنزاع إن كان طرف الدعوى فيها غير أهل للخصومة ، القرار رقم (٤٤٠٠٠) .

الفرع الثالث : في إقامة دعوى طلب تفريق للشقاق والنزاع إن كان طرف الدعوى فيها غير أهل للخصومة ، القرار رقم (٥٦٠٠٢) .

المطلب الثاني : في تبليغ المدعى عليه ، القرار رقم (٤٨٩٢٤) .

المطلب الثالث : في دفع الدعوى بأنها قضية مقضية ، القرار رقم (٣٦٣٨٠) .

المطلب الأول : أهلية الخصومة .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في التحري عن ولي فاقد الأهلية قبل تعين وصي مؤقت عليه من قبل المحكمة ، القرار رقم (٢٨٨٧٥) .

الفرع الثاني : في إقامة دعوى طلب تفريق للشقاق والنزاع إن كان طرف الدعوى فيها غير أهل للخصومة ، القرار رقم (٤٤٠٠٠) .

الفرع الثالث : في إقامة دعوى طلب تفريق للشقاق والنزاع إن كان طرف الدعوى فيها غير أهل للخصومة ، القرار رقم (٥٦٠٠٢) .

الفرع الأول : في التحري عن ولي فاقد الأهلية قبل تعين وصي مؤقت عليه من قبل المحكمة ، القرار رقم (٢٨٨٧٥)[١] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٨٨/٦/١٨م في دعوى طلب التفريق للإعسار عن دفع النفقة . والذي تم رفعها من قبل المحكمة الابتدائية لخضوع دعوى التفريق هذه لأحكام المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م[٢] . ولوجود خلاف حاصل بين القرارات الاستئنافية السابقة الصادرة في نفس موضوع هذا القرار ، فقد صدر هذا القرار خماسياً . علماً أنه تم استحداث دعوى حجر على المدعى عليه في هذه الدعوى لإصابته بمرض الفصام العقلي[٣] .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي بالتفريق بين المدعية والمدعى عليه المصاب بمرض الفصام العقلي ، بعد أن عينت والدته وصياً عليه مؤقتاً لغايات المخاصمة في دعوى الحجر التي استحدثت أمامها بالتفريق بين المدعية والمدعى عليه بطلقة واحدة رجعية لإعساره عن دفع النفقة المفروضة عليه ، وأن على المدعى عليه مراجعتها أثناء العدة الشرعية إذا ثبت يساره بدفع ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من النفقة المحكوم للمدعية بها على المدعى عليه ، واستعداده فعلاً للإنفاق عليها أثناء عدة المدعية الشرعية.

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٤ .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

(٣) . الفصام ، واسمه العلمي"الشيزوفرينيا" : وهو مرض عقلي ذهاني يؤدي إلى عدم انتظام الشخصية ، وإلى تدهورها التدريجي . ومن خصائصه الانفصام عن العالم الواقعي الخارجي ، وانفصام الوصلات النفسية العادية في السلوك . والمريض به يعيش في عالم خاص بعيدا عن الواقع ، وكأنه في حلم مستمر . انظر : البنا ، أنور حمودة (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م) ، **الأمراض العقلية والنفسية** ، الطبعة الأولى ، ص ١٩٧ ، بلا اسم دار نشر ، بلا مكان نشر . وهذا المرض من الأمراض التي تستدعي الحجر على المصاب بها ، وهو يتبع لمجموعة الأمراض الذهانية . وإضافة لهذا المرض فهناك أمراض أخرى تستدعي الحجر على المصاب بها ، والتي يذكرها الباحث للتفريق فيما بينها : أولا ، الذهان : وهو اضطراب عقلي يحدث فيه خلل في الوظيفة العقلية لدرجة التعطيل الشديد للتبصر والقدرة على الوفاء ببعض الاحتياجات العادية للحياة ، أو تحقيق الاتصال المناسب بالواقع . ثانيا ، العته : وهو اضطراب مزمن ، ويعبر عن وجود تبدلات حادة ، ومرتقبة في الدماغ . انظر : قرقز ، إبراهيم (١٤١٩هـ/١٩٩٩م) **أثر الاختلالات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية** ، الطبعة الأولى ، ص ٢٧ ، ٢٩ ، بلا اسم دار النشر ، ولا مكانها . بل اكتفى بذكر عبارة "الحقوق محفوظة للناشرين" . ثالثا ، الصرع الكبير : وهو خلل في الجهاز العصبي يتجلى في نوبات تصيب المرء على فترات غير منتظمة ، حيث أن المصاب بها يسقط أرضا ويفقد وعيه كاملا ، وتأخذ عضلاته بالتشنج ، كما يتدفق الرغو والزبد من فمه . رابعا ، الخرف ، واسمه العلمي (ديمينتيا) : وهو نقص القدرات الذكائية بحيث تسبب قصورا في أداء الشخص الوظيفي والاجتماعي ، ويظهر ذلك بصورة خلل في الذاكرة ، وخلل في الحكم على الأمور ، ونقص التفكير التجريدي . انظر عواد ، محمود (٢٠١١م) ، **معجم الطب النفسي والعقلي** ، بلا رقم طبعة ، ص ٢٦٤ ، و٣٣٣ ، ٣٣٤ ، دار أسامة ، عمان ــ الأردن .

- مضمون القرار الخماسي .

بمراجعة هذه المحكمة الاستئنافية لما صدر عنها من قرارات في موضوع هذا القرار ظهر لها ما يلي :

- ذهب القرار الاستئنافي الصادر عنها برقم (٢١٦٤٦)[١] ، إلى أنه يتوجب على المحكمة الابتدائية أن تبين في الدعوى قبل تنصيب الوصي المؤقت لغايات صحة الخصومة أنها تحرت عن ولي للمدعى عليه أبيه أو جده لأبيه ، ولم يتبين لها ذلك . فقامت بناء على عدم وجود الولي بتنصيب الوصي المؤقت ، ولكون المحكمة الابتدائية لم تقم بالتحري عن وجود ولي للمدعى عليه ، فقامت المحكمة الاستئنافية في قرارها المذكور بفسخ الحكم الابتدائي .
- في حين ذهب القرار الاستئنافي الصادر عنها برقم (٢٥٥٦٦)[٢] ، والذي جاء مصدقاً لحكم المحكمة الابتدائية عندما نصبت وصياً شرعياً مؤقتاً لغايات صحة الخصومة مباشرة ، وقبل أن تتحرى عن وجود الولي الشرعي للمدعى عليه أبيه أو وجده لأبيه وثبوت عدمه لديها .

ولمّا كان هذا هو الحال في هذه المسألة من حصول الاختلاف والتعارض في الاتجاه الذي تسلكه هذه المحكمة الاستئنافية ، فقد وجد المسوغ لانعقاد هيئة خماسية لترجيح أحد القرارين على الآخر ولتبين الرأي المعتمد في هذا الشأن . فبعد انعقادها والبحث والمداولة فيما بينها خرجت بأنه مع التسليم بأن الوصي المنتخب من قبل المحكمة هو وصي مؤقت لغرض محدد ، إلا إن ذلك لا يخرج الوصي المؤقت عن أن يكون متصرفاً في الشأن الذي تمت مخاصمته فيه ، وانه يأخذ بذلك صفة الوصاية على فاقد الأهلية .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. إن هذه المسألة ذات أهمية عظيمة في الفقه الإسلامي أورد الفقهاء حولها نصوصاً عدة .

أ. حيث جاء إن الصغير الذي لم يبلغ الحلم من الرجال ، لا خلاف في إنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ، ولا صدقة ... وغيرهما ، وإن أذن له الأب في ذلك أو

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٥١ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٧٠ .

الوصي . فإن أخرج من يده شيئا بغير عوض كان موقوفاً على نظر وليه إن كان له ولي ، فإن رآه رشداً أجازه ، وإلا أبطله . وإن لم يكن له ولي قُدّم له وليٌ لينظر في ذلك[١] .

ب. قال الإمام القرافي إنه لو عدم ولي الصغير فيكون السلطان وليه أو من يوليه فيكون كالوصي عليه[٢] ، فيظهر من هذا إن تعيين ولي فاقد الأهلية حال وجوده أولى من تعيين الوصي عليه . كما جاء أيضاً إنه لا يجوز تجاوز الولي الأقرب مطلقاً ، فلو قدم القاضي ناظراً على يتيم ثم ظهر له وصي من قبل أبيه كان له رد أفعال المقدم من طرف القاضي[٣] .

ج. قيل في الحديث عن العتق أنه إن كان للصغير ولي أو وصي فالخيار له في إجازة العتق من عدمه ، وإن لم يكن نصب القاضي له وصياً أو ينتظر بلوغه[٤] .

٢. ورد في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم (٨٨١٢٧) أن الولي هو أولى الناس بالمخاصمة عن فاقد الأهلية ، فلو وجد الولي حتى وإن كان كفيفاً أو مريضاً فإنه لا بد من حضوره وتمثيله بالخصومة ، أو إن

---

(١) . ابن رشد الحفيد ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الجد (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م) ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ٦٥ ، دار الحديث ، القاهرة ــ مصر . وانظر أيضا : ابن رشد الجد ، محمد بن أحمد (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م) ، **المقدمات الممهدات** ، الطبعة الأولى ، ج ٢ ، ص ٣٤٦ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ــ لبنان .

(٢) . القرافي ، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (١٩٩٤م) ، **الذخيرة** ، الطبعة الأولى ، ج ١٢ ، ٣٤٢ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ــ لبنان .

(٣) . الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة (بلا تاريخ طبعة) ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ٤٥٢ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان . وهو ما تتبعه المحاكم الاستئنافية الشرعية في المملكة ، حيث جاء في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية أنه لا يصح تجاوز الولي مطلقا ، ولا يعين وصيا ولا قيما مع وجود الولي الأقرب . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٩١٨٣٧ بتاريخ ٢٠١٤/٢/٢م . كما جاء في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف إربد الشرعية برقم ٩٧٨٦ بتاريخ ٢٠١١/٣/١٤م أنه حتى لو كان لفاقد الأهلية أب محبوس فإنه لا بد من تبليغه الحضور ليحضر او يرسل وكيلا عنه أو تتم محاكمته غيابيا عند عدم ذلك . وانظر أيضا القرار الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٧٩٧٣٦ ، والقرار الصادر عن محكمة استئناف إربد الشرعية برقم ٦٠٤٧ ، والقرار الصادر عن محكمة استئناف معان الشرعية برقم ١٦١ ، وغيرهم .

(٤) . داماد أفندي ، عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان شيخي زاده (بلا تاريخ طبعة) ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** ، بلا رقم طبعة ، ج ١ ، ص ٥١٦ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٧٦ . وانظر أيضا : ابن مودود الموصلي ، عبد الله بن محمود (١٣٥٦هـ/١٩٣٧م) ، **الاختيار لتعليل المختار** ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ٢٦ ، طبعة الحلبي ، القاهرة ــ مصر .

يوكل غيره في ذلك بحكم ولايته على ابنه المدعى عليه ، أو تتم محاكمته غيابياً بعد تبليغه حسب الأصول(١) .

د. جاء في البحر الرائق في ترتيب استحقاق الولي بالنسبة لفاقد الأهلية أن ذلك يكون لأبيه أولاً أو لوصي الأب ، ثم لجده ، ثم للقاضي أو لوصي القاضي(٢) . وجاء في البدائع أنه إن لم يكن للصغير والمجنون ولي ولا وصي . فإن كان هناك حاكم نصب الحاكم من يختار لهما أصلح الأمور(٣) .

هـ. ورد في الحديث الشريف أن النبي الكريم صلى الله عليه وسلم قال : (أيما امرأة لم ينكحها الولي أو الولاة فنكاحها باطل ، قالها ثلاثا . فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها ، فإن تشاجروا فإن السلطان ولي من لا ولي له)(٤) . فيتبين أن هذا الحديث الشريف وإن كان في سياق موضوع النكاح واشتراط الولي فيه ، إلا أن الفائدة تستمد منه أيضاً في موضوعنا هذا في ترتيب الولاية ، وبيان أنه لا يلتفت للولي الأبعد في حال وجود الولي الأقرب .

---

(١) . انظر الرابط الارشيفي للقرارات الاستئنافية الشرعية : https://qistas.com/jor/shs/appeal/?serial=21602 الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ٢٠١٣/٤/١٦م .

(٢) . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ، ج ٨ ، ص ١٢١ . وانظر أيضا : السرخسي ، **المبسوط** ، مصدر سابق ، ج ٢٥ ، ص ٢٣ . وجاء في المبدع شرح المقنع أنه لا تثبت الولاية على الصبي والمجنون إلا للأب ويليه الجد ثم الحاكم . انظر : ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح أبو إسحاق (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) ، **المبدع في شرح المقنع** ، الطبعة الأولى ، ج ٣ ، ص ١٧٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وهو ما قاله زكريا الأنصاري انظر : الأنصاري ، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا (بلا تاريخ طبعة) ، **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية** ، بلا رقم طبعة ، ج ٣ ، ص ١٢٧ ، المطبعة الميمنية ، القاهرة ــ مصر . وانظر ايضا : الرملي ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٣٧٤ . وانظر أيضا : القليوبي ، **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المنهاج** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٣٨٠ .

(٣) . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٩١ . وانظر أيضا : ج ٧ ، ص ٢٢ .

(٤) . ابن أبي شيبة ، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان العبسي (١٤٠٩هـ) ، **مصنف ابن أبي شيبة** ، الطبعة الأولى ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ٢٨٤ . وانظر أيضا : ابن حنبل ، **مسند الإمام أحمد بن حنبل** ، مصدر سابق ، رقم الحديث ٢٥٣٢٧ ، ج ٤٢ ، ص ٢٠٠ . وفيه علق المحقق أن هذا الحديث حديث صحيح ، وهذا إسنادٌ حسن من أجل سليمان بن موسى . حيث كانت سلسلة الرواة عن سليمان بن موسى ، عن الزهري ، عن عروة ، عن عائشة رضي الله عنها ، قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ""أيما امرأة لم ينكحها الولي أو الولاة فنكاحها باطل قالها ثلاثا فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها ، فإن تشاجروا فإن السلطان ولي من لا ولي له"

٣. إن المادة التاسعة والخمسين من مجلة الأحكام العدلية نصت على أن الولاية الخاصة أقرب من الولاية العامة(١) ، ونصت المادة ٩٧٤ منها على ترتيب الولاية في المسائل المتعلقة بالصغير والمجنون والمعتوه(٢) .

٤. يقول الشيخ الأبياني في شرحه للمادة ٤٤٦ من كتاب شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية أنه إذا أقام الأب وصياً وتوفرت فيه الشروط المطلوبة ، ولم يظهر عليه ما يوجب عزله فهو الذي له الولاية على أموال الصغار . فإن مات الأب ولم يُقم وصياً ، فإن كان له أب متوفرة فيه الشروط ، ثبتت له الولاية . فإن لم يكن الأب ، وهو جد الأولاد موجوداً ، أو كان ، ولكنه غير أهل للولاية انتقلت إلى القاضي ، فله أن يتصرف في أموال الصغار ، وله أن يقيم وصياً ، ويسمى هذا الشخص وصي القاضي ... . ويضيف وبما أن إقامة القاضي وصياً منوطة بالاحتياج للمصلحة ، فليس له أن يقيم وصياً في كل وقت ، بل عند تحقق الحاجة ، سواء مات الأب ، أو لم يقم وصياً أو كان موجوداً ، ولكنه غير صالح للولاية ، فله أن يقيم وصياً عنه ، وذكر عدداً من المسائل(٣).

فمن خلال ما سبق يظهر كيف أن هذه المحكمة الاستئنافية في قرارها هذا رأت ترجيح القرار رقم (٢١٦٤٦) ، والذي ذهب إلى أنه يتوجب على المحكمة الابتدائية أن تتحرى عن وجود الأب أو الجد أو وصي مختار من قبلهما ، فإن تعذر لها وجود ذلك ، فلها أن تقوم بتنصيب وصي مؤقت من قبلها لغايات صحة الخصومة .

- ملخص القرار .

وجوب تحري المحكمة عن وجود أبي فاقد الأهلية أو جده لأبيه أو وصي مختار من قبلهما لتتم مخاصمته عن المولى عليه . فإن تعذر لها وجود ذلك ، فيصار لتنصيب وصي مؤقت لغايات صحة الخصومة.

---

(١) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٥٢ .

(٢) . نصت المادة ٩٧٤ على أن : ولي الصغير في هذا الباب ــ وهو باب المسائل المتعلقة بالصغير بالحجر ــ : أولا : أبوه . ثانيا : الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه في حال حياته إذا مات أبوه . ثالثا : الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات . رابعا : جده الصحيح أي : أبو أبي الصغير أو أبو أبي الأب . خامسا : الوصي الذي اختاره هذا الجد ونصبه في حال حياته . سادسا : الوصي الذي نصبه هذا الوصي . سابعا : القاضي أو الوصي الذي نصبه القاضي ، وأما الأقارب كالإخوان والأعمام وغيرهم فإذنهم غير جائز إذا لم يكونوا أوصياء . انظر : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٦٢٣ ــ ٦٢٦ .

(٣) . الأبياني ، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٤٦ .

وبما أن المحكمة الابتدائية في حكمها هذا قد خالفت ما يراه هذا القرار الخماسي ، فقد رأت المحكمة الاستئنافية فسخ الحكم الابتدائي ، وإعادة الدعوى لمصدرها لإجراء الايجاب . إضافة إلى أن هذا القرار رأى ضرورة لفت نظر المحكمة الابتدائية عندما حكمت بعدم أهلية المدعى عليه ، وقامت بتعين وصي مؤقت عنه ، واستمرت في إجراءات دعوى طلب التفريق دون أن ترفع هذه الدعوى لتدقيق حكمها الذي صدر على فاقد الأهلية بالحجر عليه ، والذي كان لا بد لها من القيام به عملا بالمادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م .

الفرع الثاني : في إقامة دعوى طلب تفريق للشقاق والنزاع إن كان طرف الدعوى فيها غير أهل للخصومة ، القرار رقم (٤٤٠٠٠)[١] **.**

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٨م ، في دعوى طلب التفريق للشقاق والنزاع . بعد أن استأنفت والدة المدعى عليها بصفتها وصياً على ابنتها المدعى عليها[٢] . وقد تشكلت في هذا القرار هيئة خماسية لإقرارها لمبدأ جديد وللعدول عن مبدأ كان يتبع سابقاً .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية بالتفريق بين المدعي والمدعى عليها المحجور عليها بطلقة واحدة بائنة للشقاق والنزاع ، وأن على المدعى عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخ الحكم . وأن لها الحق بالرجوع على المدعي بالعوض الذي قدره لها الحكمان .

- مضمون القرار الخماسي .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٦١ . علما أنه تم تخصيص المبدأ الذي أوجده هذا القرار بالقرار الخماسي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٥٦٠٠٢ ، بتاريخ ٢٠٠٢/٩/٢٦م على النحو المفصل فيه ، والذي سيأتي بيانه في المطلب القادم إن شاء الله تعالى .

(٢) . يدخل الوصي أو الولي ليرافع ويخاصم عن الشخص الفاقد الأهلية على اعتبار أن الأهلية هي شرط لصحة المطالبة القضائية وصحة إجراءات الخصومة ، وليس شرطا لقبول الدعوى . أنظر : العماري ، حبيب عبيد مرزة (٢٠١٢م) ، **الخصم في الدعوى المدنية دراسة مقارنة** ، الطبعة الأولى ، ص ٤٧ ، ٥٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : غرايبة ، محمد فهد (٢٠٠٩م) ، **الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون** ، الطبعة الأولى ، ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، دار يافا العلمية ، عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : ياسين ، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية** ، مصدر سابق ، ص ٢٧٤ .

قام المدعي برفع دعوى يطلب فيها التفريق بينه وبين زوجته المدعى عليها للشقاق والنزاع ، وخاصم فيها زوجته المدعى عليها والمحكوم عليها بالحجر للجنون ، وذلك بمواجهة والدتها الوصي الشرعي على ابنتها المدعى عليها . وادعى في دعواه أن زوجته المدعى عليها أضرت به ضرراً بالغاً لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية بينه وبين زوجته المدعى عليها .

وبتدقيق هيئة المحكمة الاستئنافية للقرارات الصادرة في موضوع القرار ، وجدت أن القرار الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم (٢٩٢٢١) قد صدق حكم المحكمة الابتدائية بالتفريق بين زوجين للشقاق والنزاع إحداهما محجور عليه للجنون . ورأى أن الإجراءات الحاصلة في الدعوى صحيحة وموافقة للوجه الشرعي .

وبنظر الهيئة الخماسية في القرار الآنف رأت أن تعدل عن المبدأ والنهج المتبع فيه ، وبعد إمعانها النظر فيما يخص هذه المسألة تبين لها إن المادة ١٣٢ من قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م "الملغى" ــ والذي كان ساريَ المفعول عند إصدر هذا القرار ــ علقت أمر التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والنزاع على ادعاء المدعي بحصول الإضرار الفعلي أو القولي من المدعى عليه وإلحاقه به . سواء كان المدعى عليه الزوج أو الزوجة ، بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية[١] .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط التالية :

١. قبل الشروع في القرار والتفصيل فيه كان لا بد من التفريق بين الضرر والإضرار ، ليتضح مراد القرار ، ويعلم سبب تركيزه على كلمة الإضرار الواردة في المادة المذكورة . وبمراجعة كتب اللغة نجد التالي :

أ. الضرر هو اسم من الَّضر ، وهو ضد النفع ، وكذلك يأتي بمنع النقص[٢] . ويكون المتسبب به قاصداً ، ويكون أيضاً غير قاصد ، فيتصور حصوله من العاقل ، ومن الجاهل ، ومن المحجور عليه لنقص أهليته .

([١]) . نصت المادة ١٣٢ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م على أنه : "إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولا أو فعلا ، بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية ..." انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ الصادر بتاريخ ١/١٢/١٩٧٦م ، ص ٢٧٥٦ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص١٤٤ .

([٢]) . ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٥٩٨ . وانظر أيضا : الرازي ، محمد بن أبي بكر عبد القادر (١٤٢٥هــ/٢٠٠٥م) ، **مختار الصحاح** ، تدقيق عصام فارس الحرستاني ، الطبعة التاسعة ،

أما الإضرار : فهو إيقاع الضرر بالغير[١] . بالتأثير عليه بما يخالف نفعه ، كالإضرار بالوصية ، والإضرار بإرجاع الزوج لزوجته من الطلاق ، والإضرار بالبيع ... . فلا يتصور حصوله إلا من العاقل ، لأنه يحتاج الى قصد الإضرار ، والقصد لا ينسب إلا إلى عاقل .

٢. يتبين إن كلمة الإضرار تقتضي أن يكون الضرر الصادر من المدعى عليه مقصوداً ومتعمداً . فلا يتحقق الشقاق مع الجنون[٢] ، وإن المجنون لا يدرك كنه تصرفاته ، والمعتوه ناقص الإدراك . وكلاهما مرفوع عنهما القلم ، للحديث المروي عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : **(رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل)**[٣] . وهو كناية عن عدم كتابة الآثام عليهم لانتفاء العقل منهم في هذه الأحوال . لأن تكليفهم وهم بهذا الحال فيه إلحاق للحرج بهم ، وإرهاقهم من أمرهم عسراً وهذا منفي في

ص ١٩٠ ، دار عمار ، عمان ـــ الأردن . وانظر أيضا : ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص٤٨٢ . وانظر أيضا : مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ٥٥٨ .

(١) . وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، **الموسوعة الفقهية** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٢١٦ .

(٢) . الدوري ، قحطان عبد الرحمن (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م) ، **عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي** ، ص ٥٧٧ ، دار الفرقان ، عمان ـــ الأردن .

(٣) . آبادي ، محمد شمس الحق العظيم (١٤١٠هـ/١٩٩٠م) ، **عون المعبود شرح سنن أبي داوود** بشرح الحافظ ابن القيم ، الطبعة الأولى ، ج ١٢ ، ص ٥١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـــ لبنان . وأنظر أيضا : الدارمي ، عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام (١٤١٢هـ/١٩٩١م) ، **سنن الدارمي** ، تحقيق د. مصطفى البغا ، الطبعة الأولى ، ج ٢ ، ص ٦١٣ ، ، كتاب الحدود ، رقم الحديث ٢٢١١ ، دار القلم ، دمشق ـــ سورية . وفي سنن ابن ماجه ورد الحديث بـــ"وعن الصغير حتى يكبر" انظر : ابن ماجه ، **سنن أبن ماجه** ، مصدر سابق ، رقم الحديث ٢٠٤١ ، ج ٣ ، ص ١٩٨ . وفي سنن النسائي وردت الرواية بـــ " رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق" . انظر النسائي ، **سنن النسائي** بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، مصدر سابق ، رقم الحديث ٣٤٣٢ ، ج ٦ ، ص ١٥٦ . وفيه قال الشيخ الألباني أن هذا الحديث حديث صحيح . وهي نفس الرواية المرواة عن علي رضي الله عنه . وقد ورد هذا الحديث بعدة روايات أخرى منها ما روي عن علي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل" . انظر الترمذي ، محمد بن عيسى بن سورة (بلا تاريخ طبعة) ، **الجامع الصحيح** وهو سنن الترمذي ، تحقيق إبراهيم عطوة عوض ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ٣٢ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ـــ لبنان .

الشريعة الإسلامية(١) ، لقوله تعالى : ((وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ))(٢) ، وقوله أيضاً : ((يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ))(٣)

٣. إن الجنون يلغي أهلية الأداء ، لأن مناط التكليف ومناط هذه الأهلية هو العقل ، والعقل قد زال واختل ، وكذلك المصاب بالعته فهو ناقص العقل ، وأصيب بخلل في عقله أضعف قدرته على الفهم والاستيعاب والتصرف تصرف العقلاء ، ويأخذ حكم المجنون(٤).

٤. إن تصرفات المجنون كتصرفات الصغير غير المميز باطلة مطلقاً ، سواء أكانت هذه التصرفات ضارة أم نافعة أم تدور بين النفع والضرر(٥) . فكيف إذن لغير المدرك لتصرفاته ، أو ناقص الإدراك لها أن يسبب الإضرار ويلحقه بغيره .

وإن المعتوه في حكم الصبي المميز . كما أن المجنون والمعتوه لا يملكان إرادة متحكمة وقصداً صحيحاً .

واستدل القرار مستأنساً بما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بقوله : الإضرار الذي تعنيه المادة السادسة من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية هو أن يكون الإضرار الوارد في المادة قد قصده الزوج وتعمده سواء كان ضرراً إيجابياً بالقول أو الفعل أو ضرراً سلبياً(٦) . فيلاحظ أن المشرع استعمل لفظ الإضرار لا الضرر ، وقصد الإضرار الإيجابي أو السلبي . كما يؤيده أن مذهب المالكية يبيح للزوجة

---

(١) . أبو فارس ، محمد عبد القادر (بلا تاريخ طبعة) ، **الأحوال الشخصية ــ الأهلية ــ الولاية ، الوصاية ــ الوصية ــ الإرث** ، بلا رقم طبعة ، ص ٩ ، دار الفرقان ، عمان ــ الأردن .

(٢) . (الحج : ٧٨) .

(٣) . (البقرة : ١٨٥) .

(٤) . أهلية الأداء : هي صلاحية الإنسان لصدور التصرفات القولية والفعلية منه على وجه يعتد به شرعا . أنظر : أبو فارس ، **الأحوال الشخصية ــ الأهلية ــ الولاية ، الوصاية ــ الوصية ــ الإرث** ، مصدر سابق ، ص ٨ ، ١٢ ، ١٦ــ ١٨ .

(٥) . غرايبة ، **الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون** ، مصدر سابق ، ص ٢١٦ .

(٦) . نصت المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م على أنه : "اذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق . وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ..." . انظر : عبد التواب ، معوض (١٩٨٨م) ، **موسوعة الأحوال الشخصية** ، الطبعة الرابعة ، ج ١ ، ص ٣٣٥ ، ٣٤٩ ، دار الوفاء ، القاهرة ــ مصر .

طلب التفريق إذا ما ضارّها زوجها بأي نوع من أنواع الإيذاء التي تتمخض كلها في أن يكون للزوج مدخلاً فيها ، وإرادة متحكمة في اتخاذه[١] ،

٥. جاء في الشرح الصغير للدردير "ولها التطليق" أي للزوجة طلب التطليق من القاضي بالتعدي إذا ثبت "وإن لم يتكرر" التعدي منه عليها ، وليس من الضرر منعها من الحمام والنزهة وضربها ضربا غير مبرح على ترك الصلاة ونحوها ، بخلاف المبرح[٢] .

٦. علما أنه جاء في أحد الأقوال أن المراد ببعث الحكمين هما الوليان إذا كان الزوجان محجورين عليهما . وهو القول المضاف للمالكية[٣].

وفي سرد المادة ١٣٢ المشار إليها للشقاق والنزاع فإنها فصلت على أنه يتم التفريق بسبب الشقاق والنزاع المستحكم بين الزوجين ، والذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية . وإن هذا ما لا يمكن تصوره إلا بين العقلاء .

- يرى الباحث يرى أن استمرار الحياة الزوجية بين زوجين أحدهما عاقل والآخر غير عاقل فيها من الصعوبة البالغة ما فيها ، وفيها لحوق الأذى الجمّ والمشقة البالغة بالعاقل منهما فيصعب وتتعذر استمراريتها بينهما ، وهذا ما ركن إليه القاضي الصمادي[٤] . أما إن كان كلا الزوجين غير عاقلين وهما غير مدركين لكنه أفعالهما وأقوالهما ، مع التسليم باختلاف حياتهما عن الحياة الطبيعية . فما الضير بالنسبة لهما من استمرار حياتهما الزوجية معاً من عدمها .

كما إن المادة المذكورة في تفصيلها لموضوع الشقاق والنزاع نصت على أن يبذل القاضي جهده في الإصلاح بين المتداعيين . وفي حالة عدم إيصال الصلح وتحقيقه بين المتداعيين

---

(١) . ذهب المالكية والإمام أحمد في رواية إلى جواز التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق والنزاع بخلاف الجمهور . انظر : التكروري ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص٢٣٢ . وانظر أيضا : السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ .

(٢) . انظر : الدردير ، أحمد بن محمد بن أحمد (بلا تاريخ طبعة) ، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** وبالهامش حاشية أحمد بن محمد الصاوي ، بلا رقم طبعة ، ج ٣ ، ص ٣١٣ ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ، القاهرة ـــ مصر . وانظر أيضا : عليش ، محمد (بلا تاريخ طبعة) **شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل** وبهامشه حاشيتة المسماه تسهيل منح الجليل ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ١٧٧ ، ١٧٨ ، دار صادر ، بيروت ـــ لبنان . وانظر أيضا : الزبيدي ، عثمان بن المكي التوزري (١٣٣٩هـــ) ، **توضيح الأحكام على تحفة الحكام** ، الطبعة الأولى ، ج ٢ ، ص ٧٨ ، الطبعة التونسية ، تونس العاصمة ـــ تونس .

(٣) . الحطاب ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الرعيني (١٤١٢هـــ/١٩٩٢م) **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ج ٤ ، ص ١٨ ، دار الفكر ، بلا مكان نشر. وانظر أيضا : الدوري ، قحطان عبد الرحمن ، **عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي** ، مصدر سابق ، ص ٤٤٧ .

(٤) . الصمادي ، **اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في مسائل التفريق التي لم يرد بها نص خاص في قانون الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ .

يصار لإحالة الأمر لحكمين من القادرين على الإصلاح ، محاولين الإصلاح بين طرفي الدعوى[1] . ويرى القرار أن الإصلاح لا يكون إلا بين عقلاء فاهمين مقصود الصلح من عدمه وتبعات كل منهما . وأن استقرار عمل هذه المحكمة الاستئنافية ينص على عدم جواز بذل الصلح إلا مع الزوجين بالذات ، ولا يجوز مع وكلائهم حتى لو كانوا مفوضين بالصلح عنهم . وقياساً على ذلك فإنه لا يجوز بذل الجهد لمحاولة إيصال الصلح بين أولياء المتداعين ، لأن الأمر متعلق بذات الزوجين .

وإن الفقرة "هـ" من المادة ١٣٢ المشار إليها نصت على أنه : "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه . على أن لا يقل عن المهر وتوابعه . وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة على أن للزوجة أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية كما لو طلقها بنفسه" . كما نصت الفقرة "و" من نفس القانون على أنه "إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما ــ ونص هذه المادة موافق لما جاء عند العلامة الدردير والعلامة عليش[2] ــ وإن جهُل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما" . كما نصت الفقرة "ز" من نفس القانون على أنه "إذا حكم على الزوجة بأي عوض ، وكانت هي طالبة التفريق فعليها أن تؤمن دفعه قبل قرار الحكمين بالتفريق ما لم يرض الزوج بتأجيله ، وفي حالة موافقة الزوج عن التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البدل ، ويحكم القاضي بذلك أما إذا كان الزوج هو طالب التفريق وقرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضاً فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار الحكمين"[3]. حيث يفسر القرار أن تحديد نسبة الإساءة بين أقوام لا عقل لهم ليميزوا به بين الخير والشر محاولة عابثة ، ومثلهم من كان تعبيرهم ناقصاً وإدراكهم ضعيفاً .

([1]) . نصت الفقرة أ والفقرة ب من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م على أنه : " إذا كان طلب التفريق من الزوجة وأثبتت إضرار الزوج بها ، بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما ، فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر الزوج بأن يصلح حاله معها وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر . فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر إلى الحكمين . وإذا كان المدعي هو الزوج وأثبت وجود النزاع والشقاق بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما فإذا لم يمكن الإصلاح أجل القاضي دعواه مدة لا تقل عن شهر أملا بالمصالحة ، وبعد انتهاء الأجل إذا أصر على دعواه ولم يتم الصلح أحال القاضي الأمر إلى حكمين . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١م ، ص ٢٧٥٦ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

([2]) . الدردير ، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٣١٥ . وانظر أيضا : عليش ، **شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٧٦ ــ ١٧٩ .

([3]) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٤٥ ، ١٤٦ .

- ملخص القرار .

إن دعوى طلب التفريق الشقاق والنزاع لا تسمع إذا كان أحد الزوجين مجنوناً أو معتوهاً .

وتبعاً لهذا المبدأ الجديد ، فقد قررت هذه المحكمة الاستئنافية فسخ الحكم الابتدائي ، لحكمه بخلاف هذا المبدأ ، كما قررت الحكم بهذه الدعوى بردها سنداً للمادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م .

الفرع الثالث : في إقامة دعوى طلب تفريق للشقاق والنزاع إن كان طرف الدعوى فيها غير أهل للخصومة ، القرار رقم (٥٦٠٠٢)[١] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ٢٠٠٢/٩/٢٦م في دعوى طلب التفريق للشقاق والنزاع . وتم رفع الدعوى من قبل المحكمة الابتدائية عملا بالمادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، لخضوع هذا الحكم الصادر في هذه الدعوى لما يستأنف استقلالاً . وقد تشكلت في هذا القرار هيئة خماسية لإقرارها لمبدأ جديد ولما رأته من العدول عن مبدأ سابق .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية بالتفريق بين المدعي المحجور عليه / وليه الشرعي والده ، وبين زوجة المدعي المدعى عليها بطلقة واحدة بائنة للشقاق والنزاع ، وأن على المدعى عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخ الحكم ، وأن لها الحق بالرجوع على المدعي بالعوض الذي قدره لها الحكمان .

- مضمون القرار الخماسي .

حيث إن والد المدعي هو الولي الشرعي لابنه المدعي المحجور عليه فقد قام برفع دعوى على زوجة ابنه المدعى عليها بصفته ولياً شرعياً على ابنه المدعي ، ويطلب فيها التفريق بين ابنه المدعي وزوجته المدعى عليها ، بسبب الشقاق والنزاع الواقع بينهما .

وباطلاع هيئة القرار على ما سبقها من قرارات واجتهادات قضائية متعلقة بهذا الموضوع ظهر لها ما تم العدول عنه في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٧٣ .

برقم (٢٩٢٢١)[١] ، والذي كان مؤيداً ومصدقاً لحكم المحكمة الابتدائية بتفريقها بين زوجين للشقاق والنزاع ، وكان أحداهما محجوراً عليه للجنون . وذلك بإقرار المبدأ الجديد الذي أقره القرار الخماسي الصادر عن ذات المحكمة برقم (٤٤٠٠٠)[٢] ، والقاضي بعدم جواز سماع دعوى طلب التفريق للشقاق والنزاع إن كان أحد الزوجين المطلوب التفريق بينهما مصاباً بالجنون أو العته . معللاً بالأسباب الواردة في المطلب السابق[٣] .

وبالتدقيق وجدت هيئة القرار الخماسي هذا أن القرار الخماسي السابق رقم (٤٤٠٠٠) قد جانب الصواب في عموم المبدأ الذي أقره ، حيث إنه يتعارض بعمومه مع القاعدة الشرعية التي تقول : "لا ضرر و لا ضرار"[٤] ، والتي تأتي لمنع حصول الضرر وتجنب آثاره ، وكذلك مع القاعدة الشرعية التي تعبر عن وجوب رفع الضرر ، وترميم آثاره بعد الوقوع بقولها : "الضرر يزال"[٥] . فإن إطلاق القول بعدم سماع دعوى طلب التفريق للشقاق والنزاع بين زوجين أحدهما محجور عليه فيه إلحاق للضرر والأذى بالعاقل منهـما بشكل عام .

وحيث إن المدعى عليها في هذه الدعوى كاملة الأهلية ، في حين أن المدعى عليها في القرار رقم (٤٤٠٠٠) هي محجور عليها للجنون . وعليه فقد تقرر تشكيل هيئة خماسية من أعضاء هذه المحكمة الاستئنافية لتدقيق الدعوى ، والنظر في ما علله القرار الخماسي السابق الذكر رقم (٤٤٠٠٠) ، وبيان مدى انطباق ما ذكره وسببه على هذه الدعوى من عدمه . وبعد تشكيل الهيئة الخماسية وانعقادها قررت وجود الفرق بين هذا القرار والقرار رقم (٤٤٠٠٠) وذلك من خلال أهلية المدعى عليه في كل واحدة من الدعويين ، حيث أن المدعى عليه في القرار رقم (٤٤٠٠٠) لم يكن ذا أهلية كاملة بل كان محجوراً عليه للجنون ، وهو غير مدرك

([١]) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٦ .

([٢]) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٦١ .

([٣]) . انظر الفرع السابق ، والمخصص للحديث عن القرار رقم ٤٤٠٠٠ من هذه الأطروحة .

([٤]) . هذه القاعدة في الأصل مأخوذة من الحديث الشريف بنفس نص القاعدة "لا ضرر و لا ضرار" انظر في مرجع الحديث الشريف : السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (بلا تاريخ طبعة) ، **مصباح الزجاجة شرح سنن ابن ماجه** ، بلا رقم طبعة ، ص ١٦٩ ، قديمي كتب خانة ، كراتشي ــ الباكستان . وفي تخريجه لشعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس جاء أنه حديث حسن . انظر : ابن رجب الحنبلي (١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م) ، **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم** ، ج ٢ ، ص ٢٠٧ ، تحقيق شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ــ لبنان . وانظر في مرجع القاعدة : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٢ ، ٣٣ . وانظر أيضا : الزرقا ، **شرح القواعد الفقهية** ، مصدر سابق ، ص ١٦٥ . وانظر أيضا : العثيمين ، محمد بن صالح (بلا تاريخ طبعة) ، **القواعد الفقهية** ، بلا رقم طبعة ، ص ١٩ ، دار البصيرة ، الإسكندرية ــ مصر .

([٥]) . السبكي ، **الأشباه والنظائر** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٤١ . وانظر أيضا : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٣ . وانظر أيضا : الزرقا ، **شرح القواعد الفقهية** ، مصدر سابق ، ص ١٧٩ . وانظر أيضا : الشربيني ، محمود (١٩٩٩م) ، **القضاء في الإسلام** ، الطبعة الثانية ، ١٧٣ ــ ١٧٥ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ــ مصر .

لكنه أفعاله وتصرفاته . وبالتالي لا يقصد الضرر . أما في هذا القرار فإن المدعى عليه كامل الأهلية ، وهو واع ومدرك لكُنه أفعاله وتصرفاته ، فيحتمل صدور الإضرار منه وإلحاقه بالمدعي .

كما أن ما استند إليه القرار رقم (٤٤٠٠٠) في أن التفريق بسبب الشقاق والنزاع يتم بوجوده مستحكماً بين الزوجين وبتعذر استمرار الحياة الزوجية معه بينهما . وأن هذا ما لا يمكن تصوره إلا بين العقلاء فيه مجافاة للواقع . فكما ذُكر سابقاً من أن استحكام الشقاق والنزاع ما بين زوجين أحدهما عاقل والآخر غير عاقل متصور الحدوث بل ومتأكد حدوثه أيضاً ، حيث إن فيه من الصعوبة البالغة ما فيه ، وفيه ما يلحق بالعاقل منهما من الأذى الجمّ جراء أفعال وتصرفات شريكه التي لا يدرك كنهها . بحيث أن غير العاقل منهم لا يعود يدرك في الواقع ما هو موجود به فعلاً ، بل وما يدور في ذهنه حتى . وهكذا فقد يدرك المصاب أن زوجه وشريكه على أنه عدو لدود ينبغي أن يبادر بالقضاء عليه ، أو قد يرى نفسه على أنه مجرم آثم يستحق الإعدام على ما اقترفه من جرائم كما يتوهم ، فيبادر إلى تنفيذ حكم الإعدام على نفسه فينتحر[١] ، وما إلى ذلك من أضرار وآثار متعددة تلحق بالزوج الآخر ... .

إضافة لهذا فإن ما ذهب إليه القرار رقم (٤٤٠٠٠) إلى أن بذل القاضي والحكمين الصلح ومحاولة إيصاله بين الزوجين لا يكون إلا مع ذات الزوجين لتعلق الأمر بذاتهما . مخالف لما يراه هذا القرار ، حيث يرى أن من أولى وأهم واجبات الوصي أو الولي على ناقص الأهلية أو فاقدها بسبب الصغر أو المرض كالجنون أو العته هي المحافظة على المولى عليه أو الموصى عليه ، وعلى مصالحه وحمايته وحماية ماله[٢] . وبالتالي فإن من حقه إبرام الصلح عنه أو رفضه والتصرف بما يعود عليه بالمصلحة ، أو درء المفسدة عنه . وقبل ذلك تحري مصلحة الموصى عليه أو المتولى عليه بالتطليق إن وجدت فيه .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط الآتية :
  ١. ذكر العلامة الدردير أن أركان الطلاق أربعة وهي :
  أ. أهل ، والمراد به موقعه من زوج أو نائبه أو وليه إن كان صغيراً .
  ب. قصد ، ويراد به القصد بالطلاق . و

---

(١) . البنا ، **الأمراض النفسية والعقلية** ، مصدر سابق ، ص ١٨٥ .

(٢) . الحطاب ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الرعيني (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م) **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، طبعة خاصة ، ج ٥ ، ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ ، دار عالم الكتب ــ بموافقة من دار الكتب العلمية ، العليا ــ السعودية . وانظر أيضا : الدردير ، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٣١٦ .

ج. محل ، أي توفر عصمة مملوكة تحقيقاً وتقديراً ،

د. لفظ ، ويراد به صريح أو كناية ظاهرة أو خفية ، وما يقوم مقامها كالإشارة والكتابة[1] . وهو بذلك يكون أولى من الوكيل الذي يقبل الصلح عن موكله أو يرفضه ، وهذا موافق للمادة ١٥٤٠ من مجلة الأحكام العدلية في أنه إن صالح ولي الصبي عن دعواه يصح[2] ، وهذا هو المتبع والمعمول به في المحاكم الشرعية .

٢. ما دام إن الموكل قد قام بتوكيل غيره عنه لينوب عنه في متابعة دعواه والمصالحة عنه ــ وهو أمر جائز ــ لسبب ما كانشغاله بمرض أو سفر إلى مكان بعيد أو غيره . فإن القول بإلزام الوكيل إحضار موكله لحضور جلسة المصالحة وعقدها معه قد يتسبب بإيقاع الحرج بالموكل وتضرره أضراراً صحية وغيرها بالمرض أو مادية وغيرها بالسفر . والشريعة الإسلامية لم تأت لإيقاع الحرج والضرر بالعباد ، حيث قال تعالى : ((مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجۡعَلَ عَلَيۡكُم مِّنۡ حَرَجٍ)) [3] . كما يستند القرار رقم (٤٤٠٠٠) للفقرات "هـ" ، و "و" ، و "ز" من المادة ١٣٢ من قانون الأحوال الشخصية السابق رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م السابقة الذكر ، من أن تحديد نسبة الإساءة بين أقوام لا عقل لهم ليميزوا به بين الخير والشر محاولة عابثة ، ومثلهم من كان تعبيرهم ناقصاً وإدراكهم ضعيفاً .

إلا أن هذا القرار يرى أن الولي أو الوصي بولايته أو وصايته على المحجور عليه يكون هو المسؤول الأول عنه وعن حمايته ، وبالتالي فإنه يمكن للحكمين البحث معه عن أسباب الشقاق والنزاع لتقدير نسبة الإساءة إذ أن الفقرة "د" من المادة ١٣٢ المشار إليها نصت على أن : "يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما ، أو مع جيرانهما ، أو مع أي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثهما معه ، وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر يوقع

---

(١) . المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ .

(٢) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٢٩٩ . حيث نصت المادة ١٥٤٠ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : إذا صالح ولي الصبي عن دعواه يصح إن لم يكن فيه ضرر بين فإن كان فيه ضرر بين لا يصح . فلذلك لو ادعى أحد على صبي كذا دراهم وصالح أبوه على أن يعطي كذا دراهم من مال الصبي يصح إن كانت بينة لدى المدعي . وإن لم تكن لديه بينة لا يصح ، وإذا كان للصبي دين في ذمة آخر ، وصالحه أبوه بحط وتنزيل مقدار منه لا يصح صلحه إن كانت لديه بينة . أما إذا لم تكن لديه بينة ، وكان معلوما أن المدين سيحلف اليمين فيصح الصلح حينئذ ويصح صلح ولي الصبي على مال تساوي قيمته مقدار مطلوبه ، ولكن إذا وجد غبن فاحش لا يصح .

(٣) . (المائدة : ٦) .

عليه"[١] . فلم تقصر المادة بحث أسباب الشقاق من خلال المتداعيين فقط . بل نصت على أن يتم البحث في الأسباب المؤدية إليه مع أي شخص قد يكون مطلعاً على حوادث الشقاق بينهما ، وذكرت الجيران لقربهما وإمكانية اطلاعهما على المشاكل الواقعة بين طرفي الدعوى .

٣. الواقع إن اطلاع الأهل على تفاصيل المشاكل وحيثياتها فيما بين الزوجين يكون أعمق من اطلاع الجيران ، فكيف إن كان منهم ولياً أو وصياً على محجور عليه . وهو المسؤول عنه والمتولى عليه أو الموصى عليه ، فيكون اطلاعه أكثر تفصيلاً وأشد دقة[٢] . وبإمكانه إطلاع الحكمين على أسباب الخلاف والشقاق المؤدية إليه ، ووضعهما في جو حياة الطرفين وتوضيح تفاصيل مشاكلهما كافة . إضافة لمعرفته ما يطيب لنفس المولى أو الموصى عليه وما يرضاه . وهو موافق لما جاء في حاشية الصاوي في شرحه أن لولي الزوجة الصغيرة طلب تطليقها بسبب تعدي زوجها عليها بالضرب المبرح وغيره[٣] ، ويقاس على الصغيرة فاقد الأهلية ، لاشتراك حكمه مع الصغيرة . مع العلم أنه جاء في الحديث عن صفة القائم في الدعوى في كتاب الطريقة المرضية على أنه يلزم فيما ليس حق الله تعالى أن يكون القائم في الدعوى صاحب الحق أو وكيله أو ناظره من أب أو وصي أو مقدم قاض[٤].

إضافة لما سبق فقد نصت الفقرة "و" من نفس المادة المذكورة أنه إن جهل الحال وغمّ الأمر على الحكمين ، ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة الحاصلة بين الزوجين فيقررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما .

- ملخص القرار .

أوجد هذا القرار نهجاً جديداً ومبدأً مستحدثاً بتخصيص القرار الخماسي السابق والصادر عن نفس المحكمة برقم (٤٤٠٠٠) ، بأن يكون على النحو التالي :

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ .

٢. الدوري ، **عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي** ، مصدر سابق ، ص ٤٦٦ ، و٤٧٦.

(٣) . الصاوي ، أحمد بن محمد (بلا رقم طبعة) ، **حاشية الصاوي** في متن الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، بلا رقم طبعة ، ج ٣ ، ص ٣١٣ ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ، القاهرة ــ مصر .

(٤) . جعيط ، **الطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٥ .

أولاً : الدعوى التي تقام بطلب التفريق بين زوجين للشقاق والنزاع ، والتي يكون المدعي فيها كامل الأهلية ، ويكون المدعى عليه غير كامل لها بسبب إصابته بالجنون أو العته هي دعوى غير مسموعة ، وتكون حرية بالرد .

ثانياً : الدعوى التي تقام بطلب التفريق بين زوجين للشقاق والنزاع ، والتي يكون المدعي فيها غير كامل الأهلية بأن يقيمها عنه وليه أو وصيه بمواجهة المدعى عليه صاحب الأهلية الكاملة فهذه دعوى مسموعة ومقبولة ، ويجب السير فيها حسب الأصول .

وحيث كان حكم المحكمة الابتدائية بالتفريق بين المدعى عليها ذات الأهلية الكاملة والمدعى عليه المحجور عليه بوجود وليه ومخاصمته عنه موافقاً لهذا المبدأ فقد تم تصديق حكم المحكمة الابتدائية .

وإن ما أوجده هذا القرار بإلغائه لجزء من القرار الخماسي الآنف الذكر رقم (٤٤٠٠٠) وتخصيص ما جاء به . ما هو إلا إسقاط للفرَض الذي تم سوقه في أن إصدار قرار خماسي مخالف لقرار خماسي آخر يعتبر الثاني ناسخاً للأول ، ولاغياً له .

علما إنه حيث تم تعديل القانون رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م ، وحل محله قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م ، والذي جاء معدلاً للمواد المتعلقة بموضوع التفريق بين الزوجين للشقاق والنزاع ، كاستبدال كلمة الإضرار المذكورة في القانون السابق والاستعاضة عنها بلفظ الضرر فقد ارتفعت سلطة القرار الخماسي المتعلق بذات الجزئية عن أحكام المحاكم الابتدائية وقرارات المحاكم الاستئنافية مجسداً بذلك ما ذكر في نهاية المطلب الثاني من المبحث الثالث من الفصل التمهيدي بالقول : أن القانون إن تم تعديله وخالف القرار الخماسي فيكون نصه ملزماً للقرار ولاغياً له ، أما القرار الخماسي فلا يملك إلغاء نص المادة القانونية أو تعطيلها . وهو ما تم فقد صدر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم (٨٨٥٠٣) ، والذي رأى جواز إقامة دعوى طلب التفريق للشقاق والنزاع على المحجور عليه إذا كان المدعى عليه هو الزوج . أما إذا كانت الدعوى مقامة على الزوجة المحجور عليها لجنون أو عته فإن الدعوى لا تسمع . ولأهمية ما جاء به سأذكره مفصلاً[1] .

([1]) . "رفعت المحكمة الابتدائية للتدقيق بموجب المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية حكمها المتضمن التفريق بين المدعي وزوجته الداخل بها بصحيح العقد الشرعي المدعى عليها " المحجور عليها" بطلقة بائنة للشقاق والنزاع ، وأن للمدعى عليها الحق بمطالبة المدعي بمبلغ مائتي دينار ، وهو العوض الذي استحق لها عليه وفق تقدير الحكمين لنسبة الإساءة بينهما ، وأن عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم ، وذلك سندا للأسباب والمواد القانونية المذكورة في الحكم . ولدى تدقيق المحكمة الاستئنافية وبعد المداولة فيما بين أعضاء هيئة القرار تبين لها ما يلي : إن المدعى عليها محجور عليها ، والذي استقر عليه قضاء محكمة استئناف عمان الشرعية سابقا في قرارها الخماسي رقم ٥٦٠٠٢ تاريخ ٢٠٠٩/٩/٢٦م أن دعوى الشقاق والنزاع لا تسمع إذا كان فيها المدعى عليه أو عليها فاقدا للأهلية ، على إعتبار إنه لا يتصور منه الإضرار الذي اشترطته المادة ١٣٢ من قانون الإحوال الشخصية المعمول به آن ذاك ، فلفظ الإضرار في هذه المادة يقتضي أن يكون الضرر الصادر عن الطرف الآخر مقصودا ومتعمدا والمجنون لا يدرك كنه تصرفاته ومرفوع عنه القلم . إلا أنه وفي قانون الأحوال الشخصية الحالي رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م صدر عن محكمة الإستئناف الشرعية في قرارها رقم ٨٧٨٩١ تاريخ ٢٠١٣/٣/٢٤ ما يخالف هذا المبدأ ، ذلك أن المادة ١٢٦ من هذا القانون الجديد قد إستعملت لفظ "الضرر" بدلا من "الإضرار" ، فنصت على أنه "لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للشقاق والنزاع إذا إدعى ضررا لحق به من الطرف الآخر يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية ، والضرر يقع من العاقل وغير العاقل فجاز للمتضرر أن يرفع الدعوى على المحجور عليه لرفع الضرر الواقع منه عليه . وهذا بخلاف الإضرار الذي يحتاج إلى القصد والقصد لا ينسب إلا إلى عاقل فلا ترفع الدعوى به على المحجور عليه . وإن هذه المحكمة الاستئنافية ، في ضوء ما سبق من الاجتهادات الاستئنافية المشار إليها ونظرا لتغير مدلول اللفظ الذي استعمله القانون الحالي عما كان عليه في القانون السابق ، فإنها ترى جواز إقامة دعوى الشقاق والنزاع على المحجور عليه إذا كان المدعى عليه هو الزوج ، أما إذا كانت الدعوى مقامة على الزوجة المحجور عليها لجنون أو عته فإن الدعوى لا تسمع ، وذلك لما تلحظه هيئة هذا القرار من الاختلاف في تحقيق المناط ، والذي يؤدي بالنتيجة للاختلاف في الحكم في كل منهما . وبيان ذلك ، أولا : أن الزوج له أن يدفع الضرر الواقع عليه من زوجته المحجور عليها بالطلاق أو بالزواج من غيرها ، بخلاف زوجة المحجور عليه المتضررة من تصرفاته فهي لا تملك ذلك دون أن ترفع أمرها للقاضي . ومن هنا نجد أن قانوني الأحوال الشخصية القديم والحالي قد نصا على أن من حق الزوجة أن تطلب فسخ عقد زواجها إذا جن الزوج ، بينما لم يعطِ القانون هذا الحق للزوج في حال جنت زوجته ، وما ذاك إلا للسبب والمعنى المذكور آنفا . ثانيا : إن الزوج من خلال إقامته دعوى التفريق للشقاق والنزاع لا

المطلب الثاني : في تبليغ المدعى عليه ، القرار رقم (٤٨٩٢٤)(١) .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ٢٠٠٠/٢/٢٩م ، حيث قام المدعى عليه باستئناف حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعوى طلب نفقة الزوجة ، وطلب فيه رؤية الدعوى مرافعة أمام المحكمة الاستئنافية . والتي رأت أن تعدل عن المبدأ المتبع سابقاً في اعتبار تبليغ المدعى عليه .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية المدعى عليه حكماً غيابياً بإلزامه بمبلغ مائتين وخمسين ديناراً أردنياً شهرياً نفقة لزوجته المدعية ولسائر لوازمها الشرعية ، وأمرته بدفع ذلك لها اعتباراً من تاريخ طلبها النفقة .

يقصد التخلص من عقد النكاح لأن عقدة النكاح بيده وله أن يحلها متى شاء ، وإنما يقصد بذلك التخلص من مهر زوجته المدعى عليها أو جزء منه بحسب مقدار نسبة إساءتها إليه التي يقدرها الحكمان ، فكان هذا الإنقاص في مهر الزوجة بمثابة مجازاة لها أو عقوبة على قدر الإضرار الذي صدر منها تجاه زوجها المدعي ، وهذا أمر لا ينسجم ولا يتوافق مع كون الزوجة المدعى عليها محجورا عليها ، إذ كيف نؤاخذها ونعاقبها على ما يمكن أن يصدر عنها من أقوال وأفعال دون إدراك منها أو قصد ، ونسقط حقها في الصداق الذي هو من أهم حقوقها وأولاها بالأداء . ثم إنه ليس من العدل والإنصاف أن نجمع عليها ضررين ، ضرر الطلاق ، وضرر إنقاص أو إسقاط مهرها بسبب أمر ابتليت به ولا يد لها فيه . وهذا بخلاف ما إذا كانت الزوجة المحجور عليها هي المدعية بواسطة ولي أو وصي عنها في دعوى الشقاق والنزاع ، لأنها هي من تكون قد اختارت بواسطة وليها الذي يمثلها في هذه الدعوى سبيلا أو هي السبيل الوحيد أمامها للتفريق والخلاص من الضرر الذي لحق بها من عقد النكاح . ومعلوم أن الفرق بين المدعي والمدعى عليه أن الأول هو من يختار الخصومة ، وبالتالي فهو لا يجبر عليها وله تركها متى شاء . أما المدعى عليه فإنه يجبر عليها ولا خيار له في تركها . ثالثا : إن هذا الاجتهاد لا يتعارض مع ما أورده القرار الإستئنافي رقم ٨٧٨٩١ تاريخ ٢٠١٣/٣/٢٤م المشار إليه من نصوص فقهية ذكرت في كتب فقهاء المذهب المالكي يفهم منها جواز سماع الدعوى بوليين إذا كان الزوجان محجورين ، لأنه يمكن حمل هذه النصوص في حالة إذا ما كانت الزوجة المحجور عليها هي المدعية ، ولأن إطلاق الاحتجاج بهذه النصوص معارض باختلاف التطبيقات القانونية لدعوى الشقاق والنزاع في قانون الأحوال الشخصية عما هو عليه الحال في مذهب الإمام المالك الذي أخذت منه مادة التفريق للشقاق والنزاع ، حيث لم يقل أحد من فقهاء المالكية أن الحكمين يقومان بتقدير نسبة الإساءة على كل من الزوجين ، ويؤاخذان الزوجة على هذه النسبة فيسقطان أو ينقصان مهرها بمقدار نسبة إساءتها للزوج كما هو قانون الأحوال الشخصية ، فكان القياس في هذا مع الفارق . وعليه فإن حكم المحكمة الإبتدائية بالتفريق بين المدعي وزوجته المحجور عليها المدعى عليها بطلقة بائنة للشقاق والنزاع غير صحيح ومخالفا للوجه الشرعي فتقرر فسخه ، ولتوفر أسباب الحكم وعملا بالمادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية فقد تقرر رد هذه الدعوى" .

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٨٠ .

- مضمون القرار الخماسي .

قررت المحكمة الاستئنافية عدم إجابة طلب المستأنف رؤية الاستئناف مرافعة ، لعدم ما يبرر رؤية الاستئناف مرافعة ، وقررت الاكتفاء بنظر الاستئناف تدقيقاً . إضافة لاحتواء هذا القرار على وجوب استيفاء رسم الدعوى كاملة وإلصاق الطوابع القانونية عليها .

وبالنظر والتدقيق لما استقر عليه العمل الاستئنافي من قرارات واجتهادات وجد أنه إذا مضت مدة الاستئناف بعد تبليغ المدعى عليه الحكم بواسطة النشر ، ثم قام المدعى عليه باستئناف الدعوى بعد مضي المدة القانونية للاستئناف(١) . فإن المحكمة الاستئنافية تقوم عندئذ برد الاستئناف شكلاً دون البحث في الطعون المقدمه على الحكم ، لتقديمه خارج المدة القانونية ، وكذلك دون البحث في الأسس التي اعتمدتها المحكمة الابتدائية ، والتي يجب أن تتضمن البحث والتحري الشديدين عن كل مكان يشك بوجود عنوان للمدعى عليه فيه(٢) لتبليغه الحكم الصادر بحقه بالنشر ،

- ويعلق الباحث فيما يتعلق بهذا السياق :

إن العادة الأصولية والنهج الصحيح لدى المحاكم الشرعية تجري بأنه لا يصار لتبليغ المدعى عليه جلسات الدعوى بالنشر في الصحف المحلية إلا بعد أن تتولد القناعة في وجدان هيئة المحكمة بحقيقة جهالة المدعي لمكان إقامة المدعى عليه ، والتي يمكن لها أن تتحق من ذلك باستعلامها عن حركات وتنقلات المدعى عليه من وإلى أرض البلاد ، وكذلك بمخاطبة الجهات التي يحتمل أن تكون على علم بعنوان المدعى عليه كأن يكون أحد موظفي الوزارات أو المؤسسات أو الشركات أو النقابات وغيرها ، وذلك من خلال استقراء مهنة المدعى عليه في خانة مهنة الزوج المدرجة ضمن قسيمة عقد زواجه . ولها ذلك أيضاً من خلال قناعتها بالبينة الشخصية المستمعة ، وشهادة الشهود على ذلك ، أو حتى من خلال التحقق الذي تجريه المحكمة مع المدعية وسماع أقوالها وتحليفها اليمين التي تصورها لها المحكمة على ذلك .

---

(١) . نصت المادة ١٣٦ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على : "١- مدة الاستئناف ثلاثون يوماً تبتديء من تاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهيا ومن تاريخ تبليغ الحكم إلى المستأنف إذا كان غيابيا ويسقط من المدة اليوم الذي صدر فيه الحكم او جرى فيه التبليغ كما تسقط أيام العطل الرسمية إذا وقعت في نهاية مدة الاستئناف . ٢- يجوز استئناف الحكم الغيابي قبل تبليغه ويعتبر ذلك تبليغاً على أن يشفع الاستئناف بأعلام الحكم المستأنف"" .

(٢) . ياسين ، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية** ، مصدر سابق ، ص ٥١١ .

وقد نصت المادة الثالثة والعشرون من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م على الكيفية التي يصار للتبليغ بالنشر بها[١] ، لأن البحث في الأسس التي اعتمدت في التبليغ بالنشر يستوجب أن تنظر المحكمة الاستئنافية في إجراءات التبليغ السابقة للحكم ، وبما أن الاستئناف يرد شكلاً لتقديمه بعد فوات مدة الاستئناف التي نُص عليها في المادة ١٣٦ من قانون أصول المحاكمات الشرعية المذكور فلا يجوز لها أن تقوم بنظر الإجراءات الحاصلة فيه[٢] .

وعند انعقاد هيئة هذا القرار وبحثها في القرارات الصادرة بنفس الشأن وجدت أن تاريخ تبليغ الحكم الغيابي الذي تبتدئ منه مدة الاستئناف ، هو تاريخ التبليغ الصحيح ، وليس مطلق التبليغ سواء كان أصولياً أم غير أصولي ، وإن نص المادة ١٣٦ المذكورة على أن مدة الاستئناف ثلاثين يوماً تبتدئ من تاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهياً ، ومن تاريخ تبليغ الحكم إلى المستأنف إذا كان غيابياً يحمل على التبليغ الصحيح[٣] ، حيث يرى القرار أن مطلق التبليغ في نص المادة الدائر حولها الحديث يحمل ويفسر على كمال التبليغ ، وأن كمال التبليغ وتمامه

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ . فقد نصت المادة ٢٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه : "١- إذا اقتنعت المحكمة بأنه لا سبيل لإجراء التبليغ وفق الأصول ــ والمنصوص عليها في المواد من ١٨ إلى ٢٢ من هذا القانون ــ لأي سبب من الأسباب يجوز لها أن تأمر بإجراء التبليغ على الوجه التالي :- أ- بتعليق نسخة من الورقة القضائية على موضع بارز من دار المحكمة ونسخة أخرى على جانب ظاهر للعيان من البيت المعروف أنه آخر بيت كان يقيم فيه المراد تبليغه أو المحل الذي كان يتعاطى فيه عمله إن كان له بيت أو محل كهذا أو . ب - بنشر إعلان في الصحف المحلية اليومية . ٢ - إذا أصدرت المحكمة قرارا باتباع طريقة التبليغ المنصوص عليها في الفقرة "١" من هذه المادة فعلى المحكمة أن تعين في قرارها موعد حضور الشخص المراد تبليغه أمام المحكمة وتقديم دفاعه إذا دعت الحاجة إلى ذلك وحسب مقتضى الحال . ٣ - إذا كان الشخص المراد تبليغه مقيما في المملكة فيجرى تبليغه وفق أحكام التبليغ في المواد "١٨ و١٩ و٢٠ و٢١ و٢٢" والفقرتين "١ و٢" من هذه المادة من هذا القانون . أما إذا كان مقيما خارج المملكة واقتنعت المحكمة بتعذر تبليغه عن طريق الجهات الرسمية المختصة فيجوز لها أن تبلغه عن طريق النشر في أحد الصحف المحلية" .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ . إلا إذا كانت الدعاوى مما تخضع لتدقيق الاستئناف استقلالا ، أو كان فيها ما يتعلق بالنظام العام .

(٣) . أبو البصل ، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ . وانظر أيضا : الداوود ، أحمد محمد علي (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م) ، **القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية** ، الطبعة الأولى / الإصدار الأول ، ج ١ ، ص ١٦١ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . حيث أشار لوجود هذا القرار الخماسي وقال الدكتور الداوود في كتابه هذا وكتابه أصول المحاكمات الشرعية أن قانون أصول المحاكمات أجاز محاكمة الغائب سواء كان في البد أم خارجه بعد تبلغه الدعوى حسب الأصول ، وإن العبارة الأخيرة "حسب الأصول" تقتضي صحة التبليغ إذ أن التبليغ لا يكون صحيحا إلا إذا كان موافقا للأصول . انظر : الداوود ، **أصول المحكمات الشرعية** مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٢٩٩ . وانظر أيضا : الداوود ، **القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية** ، ج ١ ، ص ٧٥ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : ياسين ، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية** ، مصدر سابق ، ص ٥١٣ وكذلك ص ٥١٧ .

يعتبر تبليغاً صحيحاً وموافقاً للأصول بعد تثبّت المحكمة من قيام المدعي بجميع التحريات اللازمة للاهتداء إلى محل المدعى عليه وأنه لم يجده[١] .

وإن ما توصلت إليه المحكمة الابتدائية من القناعة بتعذر تبليغ المدعى عليه بالطرق العادية أو الرسمية ، وقررها تبليغ المدعى عليه بالنشر في أحد الصحف المحلية اليومية كان عملاً بالمادة الثالثة والعشرين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م . والذي تم تبليغه الدعوى لحضور جلسة المحاكمة عن طريق النشر في جريدة الأسواق اليومية[٢] . مستندةً بذلك على ما جاء في مشروحات محضر المحكمة من أنه انتقل لعنوان المدعى عليه ، وأنه وجد عنوانه إلا أنه لم يجد المدعى عليه نفسه ، ووجد والدته ، التي أفادته أن ابنها المدعى عليه غير موجود في المملكة ، وأنه موجود في دولة الكويت وأفادته بعنوان عمله فيها مفصلاً ، وأورد المحضر أن والدة المدعى عليه رفضت استلام أوراق التبليغ والتوقيع عليها ، فقام المحضر بتعليق أوراق التبليغ على باب عنوان المدعى عليه الموصوف في لائحة الدعوى في مكان بارز وظاهر للعيان عملا بالمادة الثانية والعشرين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م . ولم يضمّن المحضر في مشروحاته ما يفيد من أن المدعى عليه مجهول محل الإقامة حتى يتم تبليغه بالنشر .

وبما إنه ورد في مشروحات المحضر أن والدة المدعى عليه أفادته بعنوان عمل ابنها المدعى عليه فكان على المحكمة الابتدائية أن تسأل المدعية عن هذا العنوان وأن تتحقق معها من صحته ، فإن أقرت بعلمها بهذا العنوان ومعرفتها بمكان عمل المدعى عليه فأن تقوم المحكمة بالكتابة للجهات الرسمية في المملكة لتقوم بمخاطبة الجهات الرسمية في دولة الكويت ليتم تبليغ المدعى عليه على عنوانه الذي أقرت به المدعية . حيث أجازت المادة الثانية والعشرين المذكورة تبليغ المدعى عليه على عنوان عمله[٣] . وبناء عليه فكان ما اعتمدت إليه

---

(١) . المرجع السابق ، ص ٥١٧ .

(٢) . جريدة الأسواق الأردنية : جريدة يومية كانت تصدر عن شركة الأسواق الاردنيه للصحافه والنشر ، وكانت تعنى بالشأن الاقتصادي . وتم تصفية هذه الشركة التي استمرت بإصدار عددها اليومي من صحيفة الأسواق حتى أواخر عام ٢٠٠٢م .

(٣) . نصت المادة ٢٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩ م على أنه "إذا لم يعثر المحضر بعد بذل الجهد على المدعى عليه أو على أي شخص يمكنه تبليغه بالنيابة عنه وإذا رفض المدعى عليه أو الشخص الذي كان يمكن تبليغه قبول التبليغ فعلى المحضر أن يعلق نسخة من الورقة القضائية المراد تبليغها على الباب الخارجي أو على جانب ظاهر للعيان من البيت الذي يسكنه المدعى عليه أو يتعاطى فيه عمله عادة ثم يعيد النسخة الأصلية من تلك الورقة إلى المحكمة مع شرح واقعة الحال عليها ويجوز للمحكمة أن تعتبر تعليق الأوراق على هذا الوجه تبليغا صحيحاً" .

المحكمة الابتدائية وما توصلت إليه من تعذر تبليغ المدعى عليه بالطرق العادية أو الرسمية ، وقرارها أن يصار لتبليغ المدعى عليه بالنشر لم يبن على أساس سليم[١] ، وحيث تمت اجراءات التبليغ اللاحقة في الدعوى بنفس الطريقة لأنها بنيت على قناعة المحكمة بتعذر تبليغه بالطرق العادية . وبما أن التبليغ الصحيح هو أساس صحة الدعوى . ولكل ما سبق فيرى هذا القرار عدم جواز تبليغ الحكم للمدعى عليه بالنشر لأنه سابق لأوانه لعدم تحقق القناعة بتعذر تبليغ المدعى عليه بالطرق العادية أو الرسمية ، وقررت أن الاستئناف مقدم على علم المدعى عليه واعتبرت ذلك تبليغاً . ولموافقة لائحة الاستئناف للشروط الواجب توفرها فيها فقد قررت المحكمة الاستئنافية قبول الاستئناف شكلاً ، موجدةً بذلك لنهج جديد في كيفية اعتبار تبليغ المدعى عليه .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط الآتية :

١. حيث تم تبليغ المدعى عليه بناء على هذا الأساس ، وجرت محاكمته غيابياً لتخلفه عن الحضور ، وصدر الحكم بناء على غيابه هذا ، فإن هذا يوافق ما جاء في منظومة الشيخ السعدي بقوله :

ومن مسائل الأحكام في التبع يثبت لا إذا استقل فوقع

فقد جاء في شرحها أن التبع لا ينفصل عن غيره وما لا يستقل في الوجود عن غيره ، فإذا كان التبع بهذه الصفة ــ لايستقل عن غيره ــ فإنه يثبت له حكم ما هو تابع له ،

٢. ينطبق على ذلك عدة قواعد منها : "التابع لا يفرد بحكم" بل يأخذ حكم ما هو تابع له . وكذلك : "التابع يسقط بسقوط المتبوع"[٢] ، وأيضاً : "كل ما بني على باطل فهو باطل"

([١]) . جاء في كتاب أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي أنه لايجوز اللجوء لوسيلة التبليغ بالنشر إلا إذا تعذر تبليغ المطلوب تبليغه وفق القواعد المدرجة في التبليغ من قانون اصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨م . انظر : القضاة ، مفلح عواد ، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي** ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

([٢]) . السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن (١٤٣٠هــ/٢٠٠٩م) ، **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية** ، تحقيق محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ ، الطبعة الرابعة ، ج ١ ، ص ٢٧٣ ، دار السلام ، القاهرة ــ مصر . وانظر أيضا : الشتري ، **شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية** ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ ، ١٠٣ . وانظر أيضا : الزركشي ، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (١٤٠٥ هــ/١٩٨٥م) ، **المنثور في القواعد الفقهية** ، الطبعة الثانية ، ج ١ ، ص ٢٣٥ ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية ، الكويت . وانظر أيضا : ابن نجيم ، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان** ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ . وانظر أيضا : الشربيني ، **القضاء في الإسلام** ، مصدر سابق ، ص ٨٧ .

. و"إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه"[١] . وبناء عليه فإن كافة الإجراءات التي تلت التبليغ بهذه الدعوى تكون غير صحيحة وسابقة لأوانها .

إضافة لذلك فقد تنبه القرار إلى عدم استكمال الرسوم القانونية في وكالة المدعية لوالدتها بإلصاق الطوابع عليها ، والتي بموجبها قامت بتوكيل محام عن ابنتها المدعية . وبناء عليه فقد تم فسخ الحكم الصادر بحق المدعى عليه في هذه الدعوى لإعادتها لمصدرها لإجراء اللازم وفق المقتضى القانوني .

- ملخص القرار.

إن ورود مشروحات محضر المحكمة أن المدعى عليه يقيم خارج المملكة مع ذكر عنوانه مفصلاً ، فعلى المحكمة الابتدائية أن تسأل المدعي عن هذا العنوان وأن تتحقق معه من صحته ، فإن أقر بعلمه بهذا العنوان ومعرفته به ، فتقوم المحكمة بتبليغ المدعى عليه على عنوانه الذي أقر به المدعي.

المطلب الثالث : في دفع الدعوى بأنها قضية مقضية ، القرار رقم (٣٦٣٨٠)[٢].

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٩٣/١٠/٢٨م ، بعد أن استأنف المدعي حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعواه ، والذي يطلب فيها تصحيح حجة حصر إرث والده ، والذي أقامها على أخته من أبيه ، ويطلب فيها إخراج والدتها "زوجة أبيه" من حجة حصر الإرث التي يطلب تصحيحها لطلاق والدتها "زوجة أبيه" ، ولرغبة هذه المحكمة الاستئنافية بالعدول عن مبدأ سابق كانت قد اتبعته في أحكامها السابقة ، فقد صدر هذا القرار خماسيا .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي في دعوى طلب تصحيح حجة حصر الإرث المقامة أمامها برد هذه الدعوى ، مسببة حكمها على ثبوت دفع المدعى عليها بأن هذه الدعوى غير مسموعة كونها قضية مقضية ، لأنه تم نظر موضوع هذه الدعوى بنفس السبب المدعى به في هذه الدعوى في عدة دعاوى كان قد أقامها عدد من ورثة المرحوم بمواجهة المدعى

---

(١) . المرجع السابق ، ص ٨٩ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٢٦ .

عليها أو والدتها ، وأنه تم الفصل فيهم بالرد . وأنه كان من ضمن تلك الدعاوى ، دعوى أقامها أحد الورثة وعجز فيها عن الإثبات ، ولم يرغب بتحليف المدعى عليها اليمين الشرعية على نفي ادعائه . فحكمت المحكمة الابتدائية بردها ، وصدق الحكم استئنافاً فصار مكتسباً للدرجة القطعية . وكذلك من ضمنهم أيضا الدعوى التي أقامها المدعي في هذه الدعوى على زوجة أبيه "والدة المدعى عليها في هذه الدعوى" ، والتي حملت نفس موضوع هذه الدعوى ، والتي كان قد طلب فيها بتصحيح حجة إرث والده المرحوم بإخراج زوجة أبيه منها ، مدعياً أنها مطلقة منه ولم تعد رابطة الزوجية قائمة بينها وبين والده المرحوم ، وهو ذات السبب الذي يدعي فيه في هذه الدعوى ، مع العلم أنه تم إسقاط تلك الدعوى قبل صدور الحكم فيها .

- مضمون القرار الاستئنافي .

بمراجعة هذه المحكمة الاستئنافية لما صدر عنها من قرارات في هذا الموضوع تبين لها أنه كان قد صدر عنها القرار الاستئنافي رقم (٣٢١٨٩)[١] ، والذي جاء مصدقاً لحكم المحكمة الابتدائية عندما قامت برد دعوى المدعي ، والذي يطلب فيها تصحيح حجة حصر إرث مورثه ، وأقامت المحكمة الابتدائية حكمها على أن هذه القضية مقضية ، لأنه سبق وأن صدر فيها حكم قطعي في موضوع تلك الدعوى ، مع أن المدعي فيها كان غير المدعي في الدعوى الثانية ، والتي صدر من خلالها القرار الاستئنافي رقم (٣٢١٨٩) المذكور . وبعد انعقاد هيئة هذا القرار الخماسي ، وما رأت فيه من الحاجة للعدول عن المبدأ الذي تتبعه في هذه المسألة ، وبعد بحثها والتداول فيما بينها فقد رأت أنه يشترط لاعتبار القضية مقضية أن تتوفر فيها الشروط التالية :

١- اتحاد أطراف الدعوى .

٢- اتحاد موضوع الدعوى .

٣- اتحاد السبب الذي تستند عليه الدعوى .

ذلك أن حجية الأمر المقضي إنما تكون قاصرة بالنسبة لأطراف النزاع ، وتكون غير متعدية إلى غيرهما . كما يرى القرار أنه لو مَثّل وارث معين باقي الورثة في ادعائهم بدعوى الإرث أو التركات ، وعجز هذا الوارث المتمثل في الدعوى عن إثبات مدعاه ، ولم يطلب

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٠١ .

تحليف المدعى عليه اليمين الشرعية على نفي ادعائه ، فإن هذا لا يكون سارياً على باقي الورثة الذين تمثل عنهم المدعي ، ولا يكون مانعا لهم من إقامة الدعوى مجدداً ، لقصور الحجة في القضية الأولى على المدعي نفسه . ذلك أنه لا بد من أن يكون الحكم مستندا إلى بينة متعدية حتى يكون الحكم الصادر في الدعوى ساريا على جميع الورثة[١] .

٤- أما في حال كانت الدعوى من الدعاوى التي يجوز فيها لأي واحد من الورثة الادعاء فيها ، والتمثل عن باقي المدعين ، فلا بد من أن يكون الحكم مبنياً على بينة متعدية ، لأن البينة المتعدية تسري على كافة الورثة ، بخلاف الإقرار ، أو اليمين ، أو النكول فهم حجة قاصرة على المقر ، أو الحالف ، أو الناكل . فلا يؤثر على حقوق الغير .

- بالاطلاع والبحث فيما يخص هذا القرار تبين ما يندرج في النقاط الآتية :

١. نصت المادة ٧٨ من مجلة الأحكام العدلية على أن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة ، فتكون قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره . وتكون متعدية أي متجاوزة على الغير أي غير المشهود عليه ، ومن الأمثلة على ذلك أنه إذا ادعى شخص بحضور أحد ورثة المتوفى بأن له في ذمة المتوفى ديناً ، وأثبت مدعاه بالبينة ، وحكم الحاكم بالدين المذكور ، فالحكم يكون سارياً على عموم الورثة ، ولا يحق للورثة الذين لم يكن الحكم بمواجهتهم أن يطالبوا المدعي بإثبات الدين بحضورهم أيضاً . أما إذا لم يكن الحكم مبنياً على بينة ، بل قائماً على إقرار من ذلك الوارث ، فإنه لا يسري بحق أحد من الورثة ما عدا المقر ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر[٢] .

٢. هذا موافق للمصلحة ويكون مانعا من الوقوع في الذريعة ، فلو قلنا بقبول الدفع باعتبار أن القضية مقضية حال الإقرار أو الحلف ، أو النكول عن الحلف ، فإن هذا قد يتسبب

---

(١) . البابرتي ، محمد بن محمد بن محمود (بلا تاريخ طبعة) ، **العناية شرح الهداية** ، بلا رقم طبعة ، ج ٥ ، ص ٤٠٨ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : داماد افندي ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٩٢ . وانظر أيضا : ابن مودود الموصلي ، **الاختيار لتعليل المختار** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٣٧ . وانظر ايضا : ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنزر الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ٤٨٦ .

(٢) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٦٨ ، ٦٩ . وانظر أيضا : داماد افندي ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٩٢ . وانظر أيضا : ابن مودود الموصلي ، **الاختيار لتعليل المختار** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٣٧ . وانظر ايضا : ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنزر الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ٤٨٦ . وانظر أيضا : البابرتي ، **العناية شرح الهداية** ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٤٠٨ .

باحتمالية وجود الكيد والتواطئ بين المدعي والمدعى عليه ، فقد يتفق المدعي مع المدعى عليه على أن يأخذ المدعي نصيبا معينا خارج إطار دائرة التنفيذ والمحاكم في مقابل أن يخسر دعواه التي يدعي بها بحقه وحق من معه ، وبالتالي يضيع حق باقي المدعين في مطالبتهم بحقوقهم .

٣. في حال اتحاد الأطراف والموضوع والسبب ، فإن القول بجواز سماع الدعوى ثانية ، فإن ذلك يفتح الباب لجواز سماعها مرة ثالثة ورابعة ، مما يوجب عدم استقرار الحكم وحصول اللبس فيما بين الأحكام . كما أن سماعها ثانية ، والحكم بها كما كان الحكم الأول ليس فيه من الفائدة بشيء . بل إن ذلك يكون عبثاً وهدراً لوقت وجهد المحكمة والخصوم . وإن التوسط فيما بين هذا وذاك يكون أقرب لتحقيق العدالة في الحالات المذكورة . وهو ما نصت عليه المادة ١٨٣٧ من مجلة الأحكام العدلية بقولها : لا يجوز رؤية وسماع الدعوى تكرارا التي حكم وصدر إعلام بها توفيقا لأصولها المشروعة . أي الحكم الذي كان موجودا فيه أسبابه وشروطه[1] .

وبهذا فإن هذه المحكمة الاستئنافية ترى أن اعتبار قبول الدفع بأن القضية مقضية هو في حالات محددة ، والتي تم تفصيلها أعلاه . وعليه فقد تقرر العدول عن المبدأ السابق والذي كان قد أوجده القرار الاستئنافي (٣٢١٨٩) المذكور ، والذي كان قد انتهج أنه إذا عجز أحد الورثة عن إثبات دعواه ، ولم يطلب تحليف الخصم اليمين الشرعية على نفي ادعائه ، فإن ذلك يكون مانعاً من سماع أي دعوى أخرى يقيمها الورثة الآخرون ، حتى لو كانت لديهم بينة سيثبتوا بها دعواهم . والواقع أنه خير ما أوجده هذا القرار بالعدول عن المبدأ السابق ، لما في ذلك من تحقيق للمصلحة ، ودرء المفسدة .

- ملخص القرار .

يشترط لاعتبار القضية مقضية أن تتوفر فيها اتحاد أطراف الدعوى ، واتحاد موضوعها ، واتحاد سببها . أما في حال كانت الدعوى من الدعاوى التي يجوز فيها لأي واحد من الورثة الادعاء فيها وتمثله عن باقي المدعين ، فلا بد من أن يكون الحكم مبنيا على بينة متعدية.

([1]) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ١٦ ، ص ٦٢٩ ، ٦٣٠ .

وعليه وحيث أن المحكمة الابتدائية قد حكمت بنقيض ما أوجده هذا القرار في المبدأ الجديد فقد كان حكمها غير صحيح ، وقامت هذه المحكمة الاستئنافية بفسخه ، وإعادة الدعوى لمصدرها لإجراء الايجاب .

- **المبحث الرابع : اليمين ، وترجيح البينات ، ووصف الخبراء .**

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : اليمين .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في ثبوت دعوى تصحيح حجة حصر إرث باليمين أو النكول عنه ، القرار رقم (٣١٤٠٤) .

الفرع الثاني : في النكول عن حلف اليمين على نفي دعوى الردة ، القرار رقم (٤٣٠٢٦) .

الفرع الثالث : في النكول عن حلف اليمين على نفي دعوى طلب فسخ عقد الزواج لإعسار الزوج عن دفعه مهر زوجته المعجل ، القرار رقم (٦١٦٧٠) .

المطلب الثاني : في ترجيح بينة النشوز وعدم النشوز ، القرار رقم (١٨١٨٤) .

المطلب الثالث : في وصف الخبراء بما يجيز الاعتماد على خبرتهم ، القرار رقم (١٩٤٠٣) .

المطلب الأول : اليمين .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في ثبوت دعوى تصحيح حجة حصر إرث باليمين أو النكول عنه ، القرار رقم (٣١٤٠٤) .

الفرع الثاني : في النكول عن حلف اليمين على نفي دعوى الردة ، القرار رقم (٤٣٠٢٦) .

الفرع الثالث : في النكول عن حلف اليمين على نفي دعوى طلب فسخ عقد الزواج لإعسار الزوج عن دفعه المهر المعجل ، القرار رقم (٦١٦٧٠) .

الفرع الأول : في ثبوت دعوى تصحيح حجة حصر إرث باليمين أو النكول عنه ، القرار رقم (٣١٤٠٤)[١] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٩٠/٣/٣٠م . حيث تم استئناف حكم المحكمة الابتدائية من قبل المدعى عليها في دعوى طلب إبطال وتصحيح حجة حصر إرث . ولوجود قرارات استئنافية سابقة صادرة في نفس موضوع هذا القرار يخالف بعضها البعض صدر هذا القرار بهيئة استئنافية خماسية . وحيث توفرت أسباب الحكم فقد حكمت هذه المحكمة الاستئنافية بهذه الدعوى عملا بالمادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية بداية بتصحيح حجة الإرث المطلوب تصحيحها مسببة حكمها على القناعة بالبينة الشخصية المستمعة ، وما رأته من مطابقة شهادة الشهود لبعضها البعض ، وموافقتها لادعاء المدعي . إلا أن حكمها فسخ من قبل هذه المحكمة الاستئنافية بقرارها رقم (٢٩٠٣٨)[٢] ، والصادر عنها بتاريخ ١٩٨٨/٧/٣٠م معللة سبب الفسخ بعدم مطابقة شهادات الشهود لبعضها البعض . وبعد تجديد الدعوى والسير بها من قبل المحكمة الابتدائية طلب المدعي صرف النظر عن سماع باقي شهوده ، وطلب تحليف المدعى عليه اليمين الشرعية . وفي أثناء السير بالدعوى بعد تجديدها اتجهت المحكمة الابتدائية لرد الدعوى لعدم تحقق الخصومة بين طرفي الدعوى . فعادت المحكمة الاستئنافية وفسخت حكم المحكمة الابتدائية بقرارها رقم (٢٩٩٦٩)[٣] ، والصادر عنها بتاريخ ١٩٨٩/٣/٢٦م موجهةً إياها باتباع سبب الفسخ الأول ، وأن تفهم المدعي أن له الحق بتحليف المدعى عليه اليمين الشرعية بعد صرف المدعي النظر عن سماع باقي شهوده ، واعتباره عاجزاً عن الإثبات ثم تسير بالدعوى حسب الأصول . فجددت المحكمة الابتدائية الدعوى وسارت بها حسب ما ذهب إليه القرار الاستئنافي رقم (٢٩٩٦٩) ، وأصدرت حكمها بتصحيح حجة حصر الإرث المطلوب تصحيحها على نحو الطلب الواقع فيها . مسبّبة حكمها على اعتبار أن المدعي عاجز

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٩٧ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٥ .
(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٩٠ .

عن إثبات دعواه ، وعلى نكول المدعى عليه عن حلف اليمين الشرعية الموجهة إليه على نفي دعوى المدعي ، وعلى حلف المدعي اليمين الشرعية وفق دعواه .

- مضمون القرار الخماسي .

راجعت المحكمة الاستئنافية قراراتها الصادرة بذات الشأن . فظهر لها الآتي :

- جاء في القرار رقم (١٣٠٣١)[١] ، في موضوع تحليف اليمين في مثل هذه الدعاوى أن الإمام أبا حنيفة لا يرى التحليف في عدة أمور منها النسب ، فيما يرى الصاحبان التحليف فيه ، وبقولهما يفتى[٢] ، ومذهبهما أنه إنما يستحلف في النسب المجرد إذا كان يثبت بإقراره كدعوى الأبوة والبنوة[٣] . أما إذا كانت الدعوى تتعلق بغير النسب الذي يثبت بالإقرار ، فلا تصح دعوى الإرث والنسب إلا ضمن دعوى مال أو حق ، وفي هذه الحالة إذا عجز المدعي وطلب اليمين فقد اختلف العلماء في ذلك ، فظاهر الرواية أنه يستحلف على المال لا على النسب[٤] ، وقيل فإن نكل فيكون القضاء بالمال ولا يقضى بالنسب[٥] . فمن ادعى على رجل أنه أخوه ولم يدع في يده ميراثا ، فأنكر لا

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٨ .

(٢) . ويستدل الإمام على ما ذهب إليه أن القصد من توجيه اليمين هو النكول عن حلفها ، والقضاء بناء على هذا النكول ، وإن النكول بذل وإباحة وترك المنازعة ، وإن النسب من المسائل التي لا يجوز فيها البذل والإباحة ــ ويعترض الدكتور محمد الزحيلي على هذا الاستدلال فيقول أن اليمين هي الوسيلة الشرعية للإثبات وليس النكول ، والقضاء بالنكول مختلف فيه ، والجمهور لا يأخذون به ، وإن اعتبار النكول بذل فيه خلاف . ويستدل الصاحبان بقوله صلى الله عليه وسلم : "واليمين على من أنكر" ، وأن كل دعوى صحيحة وجبت الاجابة عنها وجبت اليمين فيها كالأموال والقصاص بجامع أنها تتضمن حقا يطالب به صاحبه ، فكما تجوز اليمين في القصاص والأموال تجوز في النسب انظر : الزحيلي ، محمد (١٤١٤هــ/ ١٩٩٤م) ، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية** ، الطبعة الثانية ، ج ١ ، ص ٣٨٣ ، ٣٨٤ ، ٣٨٦ ، دار البيان ، دمشق ــ سورية . وانظر أيضا : ابراهيم بك ، أحمد وابراهيم ، واصل علاء الدين أحمد (٢٠٠٣م) ، **طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية** ، الطبعة الرابعة ، ص ٥٩٨ ، المكتبة الأزهرية للتراث ، القاهرة ــ مصر .

(٣) . ابن قاضي سماونة ، **جامع الفصولين** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ١٤٢ . وانظر أيضا : قراعة ، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٢٤٤ . وانظر أيضا : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٢٧ . وانظر أيضا : المرغيناني ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٥٧ ، ١٥٨ .

(٤) . الزحيلي ، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٨٤ . وانظر أيضا : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٣٠ .

(٥) . الخصاف ، عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد (١٣٩٨هــ/١٩٧٨م) ، **شرح أدب القاضي** ، الطبعة الأولى ، تحقيق محي هلال السرحان ، ج ٣ ، ص ٤٥٧ ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ــ العراق . وانظر أيضا : الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٩٩ . وانظر أيضا : العيني ، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين العيتابى الحنفي (١٤٢٠ هــ/٢٠٠٠م) ، **البناية شرح الهداية** ، الطبعة الأولى ، ج ٩ ، ص ٣٣٥ ، دار الكتب العلمية

يحلف . لأنه لو أقر له بالأخوة لم يجز إقراره لكونه إقراراً على غيره وهو أبوه . كون الإقرار قاصراً في حق المقر ، ولو ادعى أنه أخوه ، وأن في يده مالاً من تركة أبيه وهو مستحق لنصفه بإرثه من أبيه فأنكر يحلف لأجل الميراث لا للأخوة ، لأنه لو أقر أنه أخوه صح إقراره في حق الإرث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث إليه . ولم يصح في حق النسب حتى لا يقضى بأنه أخوه[١] . وفي هذه الحالة يحلف على الحاصل بأن يقول : بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعيه من الوجه الذي عينه .

وبذلك يتبين أن أثر التحليف في غير النسب الذي يثبت بالإقرار حين النكول هو القضاء بالمال لا بالنسب كما عند الإمام أبي حنيفة . وبما أن المادة ٤٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م صرحت بأن بيان السهام أو الحصة المعينة يغني عن ذكر المال في دعاوى الإرث[٢] ، وبما أنه في هذه الدعوى التي صدر فيها الحكم لم يذكر المال ، وإنما اقتصر على ذكر السهام . فإن إفهام التحليف لا وجه له ، لأنه لا يترتب على النكول فيه أثر.

كما تبين للمحكمة الاستئنافية أيضاً وجود القرار رقم (٢٨٢٢٥)[٣]. والقاضي بتصديق حكم المحكمة الابتدائية بردها دعوى تصحيح حجة حصر إرث لعجز المدعي عن الإثبات . على اعتبار أن مثل هذه الدعاوى لا تثبت باليمين أو النكول .

وبالنظر فيما سبق يتبين أن القرار الصادر في هذه الدعوى عن هذه المحكمة برقم (٢٩٩٦٩) يتعارض مع القرارين الصادرين عن هذه المحكمة أيضا برقم (١٣٠١٣) ، ورقم (٢٨٢٢٥) .

ولتحديد النهج الصحيح الواجب اعتماده ، وبعد تشكل هذه الهيئة الخماسية فقد رأت عدم التحليف في دعاوى تصحيح الإرث إذا كان المدعي غير محتمل الثبوت بالإقرار كدعوى تصحيح الإرث بسبب النسب ، بل لا بد من إثباتها بالبينة .

، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : ابن مازة البخاري ، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر (١٤٢٤ هــ/٢٠٠٤م) ، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني** ، الطبعة الأولى ، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي ، ج ٨ ، ص ١٦٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

(١) . المرجع السابق ، ج ٦ ، ٢٢٦ .

(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ . فتنص المادة ٤٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على : " بيان السهام أو الحصة المعينة يغني عن ذكر المال في دعاوى الإرث والاستحقاق في الوقف والوصية ، ولا حاجة إلى ذكر المال في دعاوى إثبات الرشد والارشدية أيضا إلا إذا كان المال نفسه هو موضوع النزاع" .

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٢ .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط الآتية :

١. جاء في كتاب البدائع في موضوع الأمور التي لا يجري فيها التحليف ، منها أن يكون المدعي محتملاً للإقرار به شرعاً بأن كان لو أقر به لصح إقراره به ، فإن لم يكن لم يجر فيه الاستحلاف . لأنه لو أقر أنه أخوه صح إقراره في حق الإرث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث إليه ، ولم يصح في حق النسب حتى لا يقضى بأنه أخوه(١) .

٢. جاء في تكملة حاشية ابن عابدين : إذا ادُعي مال بدعوى النسب ، بأن ادعى رجل على رجل أنه أخوه ، وقد مات الأب وترك مالاً في يد هذا ، وطلب الميراث . أو ادعى على رجل أنه أخوه لإبيه وطلب من القاضي أن يفرض له النفقة ، وأنكر المدعى عليه ذلك . فالقاضي يحلفه اتفاقاً ، فإن نكل ثبت الحق ، ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالإقرار ، وحينئذ فيلغز(٢) : أي شخص أخذ الإرث ولم يثبت نسبه . ويثبت الاستحلاف عند أبي يوسف ومحمد في النسب المجرد بدون دعوى حق آخر ، ولكن يشترط أن يثبت النسب بإقرار المقر: أي يكون النسب بحيث يثبت بالإقرار . أما إذا كان بحيث لا يثبت النسب بإقرار المقر فلا يجري الاستحلاف في النسب المجرد عندهما أيضا(٣) .

- نرى كيف ذهب هذا القرار للأخذ بما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى بأنه لا يجوز التحليف في النسب ، والذي يفضي لحصول الإرث بثبوته . تاركاً ما ذهب إليه الصاحبان من جواز التحليف فيه ، وهو المفتى في المذهب . وإن النكول لا يحصل إلا بعد توجيه اليمين ، فكلما توجهت اليمين للمدعى عليه ، ونكل عن أدائها حكم عليه بالنكول ، وهذا اضطراد مع قولهما بجواز اليمين في كل ما تتوجه فيه الدعوى بالمال وغيره(٤) .

---

(١) . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٢٦ . وانظر أيضا : ابن مازة البخاري ، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني** ، مصدر سابق ، ج ٨ ، ص ١٦٩ . وانظر أيضا : البغا ، مصطفى ديب وعبد الرحيم ، القرشي الراشدي ، سالم (١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م) ، **الدعاوى والبينات والقضاء** ، الطبعة الأولى ، ص ١٦١ ، دار المصطفى ، بلا مكان نشر .

(٢) . هكذا وردت في المرجع المشار إليه . مع العلم أنه تم مراجعة أكثر من طبعة .

(٣) . ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي (بلا تاريخ طبعة) ، **تكملة رد المحتار على الدر المختار** . والمعروف بتكملة حاشية ابن عابدين ، ج ١ ، ص ٣١٦ ، دار إحياء التراث العربي ، بلا مكان نشر . والكتاب مسمى أيضا بـ قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار . وقد ورد في الغلاف الخارجي للكتاب أن اسمه تكملة حاشية ابن عابدين ، ويبدو أنه حصل خطأ إملائي غير مقصود في اسم الكتاب حيث ورد في الغلاف الداخلي أن اسمه تكملة رد المختار ، والواقع أن المؤلف أكمل في كتابه هذا حاشية أبيه (محمد أمين ابن عابدين) المعروفة بحاشية ابن عابدين .

(٤) . الزحيلي ، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٤١١ .

- ملخص القرار.

لا تثبت دعوى طلب تصحيح حجة حصر الإرث بحلف اليمين أو النكول عن حلفه ، فلا بد من إثباتها بالبينة

وعليه وفي هذه الدعوى وبما أن المدعي عجز عن إثبات دعواه لعدم مطابقة شهادة من شهد لدعواه ، ولصرفه النظر عن تحليف المدعى عليه اليمين الشرعية ، فكان ينبغي رد الدعوى دون توجيه اليمين للمدعى عليه ، لأنه لا يترتب على نكوله شيء . ولتوفر أسباب الحكم فقد حكمت هذه المحكمة الاستئنافية برد هذه الدعوى عملا بالمادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م .

الفرع الثاني : في النكول عن حلف اليمين على نفي دعوى الردة ، القرار رقم (٤٣٠٢٦)[1] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢٨م ، حيث تم رفع دعوى الشقاق والنزاع المستحدث فيها دعوى ردة لتدقيقها استئنافا عملا بالمادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م . ولوجود قرارات استئنافية سابقة صادرة في نفس الموضوع يخالف بعضها البعض تشكلت هيئة هذا القرار الخماسية لترجيح أحد القرارات ، ولبيان النهج الذي تستقر عليه المحكمة الاستئنافية .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية بداية برد دعوى المدعية باسم الحق العام الشرعي طلبها إثباتها ردة المدعى عليه عن الدين الإسلامي ، مقيمة حكمها على الطلب وعجز المدعية عن إثباتها دعواها . فقامت المحكمة الاستئنافية بفسخ هذا الحكم موجهة المحكمة الابتدائية بأن تقوم بتحليف المدعى عليه اليمين الشرعية على نفي دعوى المدعية بعد عجز المدعية عن إثباتها دعواها . وورد في هذا القرار أن المحكمة الابتدائية قامت بتجديد السير بالدعوى بعد فسخها ، وحكمت برد دعوى المدعية التي تدعي فيها ردة المدعى عليه عن الدين الإسلامي بانية أسباب ثبوت حكم الرد على الطلب وعدم ثبوت الدعوى ، وعلى نكول المدعى عليه عن

(1) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٥٧ .

حلف اليمين الشرعية على نفي دعوى المدعية . وهذا اتباع لقرار المحكمة الاستئنافية الفاسخ لحكم المحكمة الابتدائية .

- إلا أنه ورد في هذا القرار أن المحكمة الابتدائية أصرت على قرارها بعد الفسخ ، ولم تتبع توجيهات المحكمة الاستئنافية بأن تقوم بتحليف المدعى عليه اليمين الشرعية على نفي دعوى المدعية بعد عجز المدعية عن إثباتها دعواها . وفي هذا لبس وتناقض واضح في القرار . فهل أن ما قامت به المحكمة الابتدائية بعد أن فسخ حكمها هو اتباع لتوجيهات المحكمة الاستئنافية ، أم أنها لم تلتزم بقرار المحكمة الاستئنافية ، وأصرت على قرارها المفسوخ . وبالتدقيق يتبين أن المحكمة الابتدائية قد أصرت على قرارها المفسوخ[١] ، ولم تسر وفق توجيه القرار الاستئنافي برد دعوى المدعية لعدم ثبوت دعواها ، ونكول المدعى عليه عن حلف اليمين الشرعية على نفي دعوى المدعية . بل حكمت بردها الدعوى لعدم ثبوت الدعوى دون استكمال توجيه اليمين للمدعى عليه ونكوله عليه من عدمه ، حيث سيظهر ذلك من خلال تصديق المحكمة الاستئنافية لحكم المحكمة الابتدائية ، والمشار إليه في نهاية هذا المطلب .
- مضمون القرار الخماسي .

سبق لهذه المحكمة الاستئنافية أن أصدرت قرارات عدة في ذات هذا الموضوع ، حيث ما ورد ما يلي من قرارات في هذا السياق :

- جاء في القرار الاستئنافي رقم (٨٨٧٣)[٢] أنه لا بد من تحليف المدعى عليه اليمين الشرعية على نفي ادعاء المدعي عند عجزه عن إثبات دعواه إثبات الردة ، وطلب التحليف لا يتوقف على طلب المدعي .

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ ، حيث نصت المادة ١٤٩ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه " في حالة إصرار القاضي البدائي على قراره واستئناف الحكم ثانية تدقق محكمة الاستئناف فيه وتصدر قرارها أما بتأييد الحكم أو فسخه وفي الحالة الأخيرة لمحكمة الاستئناف هذه رؤية القضية مرافعة أو إعادتها للمحكمة ليراها قاض آخر انتداباً" . انظر : أبو البصل ، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، مصدر سابق ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ . وانظر أيضا : الظاهر ، **التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٠٥ . والحالة هذه تأيد حكم المحكمة الابتدائية .

(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٤ .

- كما جاء في قرارها رقم (٢٣٩٠٧)[١] أن نكول المدعى عليه عن حلف اليمين الشرعية على نفي الادعاء بالردة عن الدين الإسلامي ليس دليلاً شرعياً كافياً في إثبات ردته . ذلك أننا مأمورون بدرء الحدود قدر الاستطاعة[٢] .

وبهذا يظهر مخالفة قرارات هذه المحكمة الاستئنافية لبعضها البعض ، الأمر الذي يسوغ انعقاد هيئة خماسية ، حيث أنه وبعد انعقادها وبحثها والتداول فيما بينها خرجت بتحقق وارتباط الحق العام الشرعي بدعوى الردة ، ذلك أن الحكم بثبوت الردة عن الدين الإسلامي يترتب عليه أحكام شرعية فيها حق الله تعالى وأولاها حد الردة . ومثلها حد الزنا ، وحد القذف ، وحد الشرب ، وحد السرقة ، وحد قطع الطريق . وسميت هذه العقوبات في هذه الجرائم حدوداً ، لأنها محددة ومقدرة بتقدير الله تعالى ، كما أنه ليس لأحد أن يزيد فيها أو ينقص منها ، ولأنها حدود قائمة فاصلة بين الحق والباطل ، لحماية المجتمع ووقايته[٣] . ويؤيد هذا ما جاء في البدائع[٤] ما قوله : "وكل جناية يرجع فسادها إلى العامة ، ومنفعة جزاءها يعود إلى العامة كان الجزاء الواجب بها حق الله عز شأنه على الخلوص ، تأكيداً للنفع والدفع كيلا يسقط بإسقاط العبد ، وهو معنى نسبة هذه الحقوق إلى الله تبارك وتعالى"[٥] ، وهذا المعنى متحقق في حد الردة ، لما يفضي من حماية العقيدة من عبث العابثين .

وإن النص القرآني في قوله تعالى : ((لا إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشۡدُ مِنَ ٱلۡغَيِّ))[٦] خاص بغير المسلم ، فلا يجوز أن يكره غير المسلم على ترك دينه ، واعتناق دين الإسلام .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٦٢ .

(٢) . ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (بلا تاريخ نشر) ، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، والمعروف أيضا باسم الفراسة المرضية في السياسة الشرعية ، بلا رقم طبعة ، تحقيق محمد حامد الفقي ، ص ١٢٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

(٣) . أبو زهرة ، محمد (بلا تاريخ طبعة) ، **الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي (العقوبة)** ، بلا رقم طبعة ، ص ٨٤ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ــ مصر . وانظر أيضا : براج ، جمعة محمد محمد (١٤٢١ هــ/٢٠٠٠م) ، **العقوبات في الإسلام** ، الطبعة الأولى ، ص ٤١ ، ٤٢ ، دار يافا العلمية ، عمان ــ الأردن .

(٤) . ورد في القرار الخماسي خطأ في اسم الكتاب حيث جاء باسم "البدائع والصنائع" ، فيبدو أن ما ورد كان من قبيل الخطأ الطباعي .

(٥) . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ٥٦ .

(٦) . ((لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشۡدُ مِنَ ٱلۡغَيِّۚ فَمَن يَكۡفُرۡ بِٱلطَّٰغُوتِ وَيُؤۡمِنۢ بِٱللَّهِ فَقَدِ ٱسۡتَمۡسَكَ بِٱلۡعُرۡوَةِ ٱلۡوُثۡقَىٰ لَا ٱنفِصَامَ لَهَاۗ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)) . (البقرة : ٢٥٦) .

أما المسلم فإن ارتد عن دينه فليس له دين غير الإسلام . وهو إما أن يتوب ويعود لدينه الإسلام ، أو أن يقام عليه الحد الشرعي ، فلا تصدق هذه الآية على المرتد . وهذا تأكيد لتعلق الحق العام الشرعي في دعوى الردة .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط الآتية :

١. من المعلوم بداهة أن جريمة الردة هي أمر عظيم وخطب جلل ، وهي جريمة كبرى ، فهي الضلالة بعينها بعد الهدى وهي الباطل بعد الحق . ولعظم هذه الجريمة وأثرها على المجتمع ، فقد أوجب الشارع عقوبة تتفق وعظم هذه الجريمة بأن جعل حد المرتد قتله إن كان ذكراً وكذلك إن كانت أنثى في قول ، والقول الآخر أن تحبس على التأبيد . فيطبق حد الردة إن لم يرجع المرتد عن ردته . لذلك كله فقد احتاط الشرع الشريف في إثبات هذه الجريمة النكراء ، ولم يجعل إثباتها مثل إثبات الحقوق الخاصة وبعض الحقوق العامة .

٢. إن المتأمل يجد حصر وجه إثبات الردة في سببين . هما : الإقرار ، أوالبينة[١] ، ولم يجعل النكول عن حلف اليمين دليلاً شرعياً كافياً في إثبات الردة . فبما أن التحقق بوجود الإسلام في شخص المسلم تم على وجه اليقين ، فكذلك فإن ردته عن هذا الدين لا تثبت على المسلم ولا تخرجه عن إسلامه إلا بالتحقق والتثبت من خروجه على وجه اليقين أيضا كما دخل فيه[٢] . وهذا موافق لقوله صلى الله عليه وسلم : "ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم لمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ بالعقوبة"[٣] .

وبناء عليه فإن النكول عن حلف اليمين على نفي الردة لا يعد بينة شرعية مثبتة للردة ، فكما أن من الفقهاء من قال أن مدلول النكول عن حلف اليمين يعتبر إقراراً ، فمنهم أيضاً من

---

(١) . المغربي ، محمد نجيب عوضين (بلا تاريخ طبعة) ، **الردة عن الإسلام وأثرها في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي** ، بلا رقم طبعة ، ص ٩٥ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ــ مصر .

(٢) . البغا ، مصطفى ديب وعبد الرحيم ، القرشي الراشدي ، سالم ، **الدعاوى والبينات والقضاء** ، مصدر سابق ، ص ١٦١ .

(٣) . الحاكم ، محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه (١٤١١هـ/١٩٩٠م) ، **المستدرك على الصحيحين** ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، الطبعة الأولى ، رقم الحديث ٨١٦٣ ، ج ٤ ، ص ٤٢٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وفيه قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه الإمامان ، ويقصد البخاري ومسلم .

قال أن مدلول النكول بذل[١] . حيث قال الإمام أبو حنيفة النعمان رحمه الله تعالى أن النكول بذل ، ولا حد لاحتمال البذل . وقال الصاحبان رحمهما الله تعالى أنه إقرار فيه شبهة العدم ، لأنه ليس بصريح إقرار ، بل هو إقرار بطريق السكوت ، وكان فيه شبهة العدم[٢] .

٣. الواقع فإن الحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم . وبناء عليه فلا يكون النكول دليلاً شرعياً قاطعاً في إثبات الردة ، ولا يعمل بالنكول في إقامة حد الردة الشرعي[٣] .

وبناء على ما سبق ، فقد رجَحت هذه المحكمة الاستئنافية في قرارها هذا أن دعاوى الردة لا تثبت بالنكول عن حلف اليمين الشرعية ، لأنه ليس دليلاً شرعياً قاطعاً في إثباتها .

---

(١) . البذل معناه في اللغة : ضد المنع ، وكل من طابت نفسه بشيئ فهو باذل ، وبَذّله : أي أعطاه وجاد به عن طيب نفس . انظر : ابن سيده ، أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسي (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) ، **المحكم والمحيط الأعظم** ، الطبعة الأولى ، ج ١٠ ، ص ٧٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـــ لبنان . وانظر أيضا : المناوي ، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي (١٤١٠ هـ/١٩٩٠م) ، **التوقيف على مهمات التعريف** ، الطبعة الأولى ، ص ٧٣ ، دار عالم الكتب ، القاهرة ، مصر . أما في الاصطلاح فهو : ترك المنازعة والإعراض عنها ، وإباحة المال والتبرع به في سبيل قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم . انظر : الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٤٤١ . وعرفه القاضي حيدر بأنه : ترك المنع لدفع الخصومة . ويضيف : أي أنه إذا ادعى المدعي عشرة دنانير من ذمة المدعى عليه وأنكر المدعى عليه ولدى تكليفه بالطلب لحلف اليمين نكل عن الحلف ، فعند الإمام الأعظم يعد هذا النكول بذلا للعشرة دنانير في سبيل دفع الخصومة أي فداء لتلك وإباحتها للمدعي أي أن المدعى عليه صادق في إنكاره أصل الدين وبتعبير آخر أن المدعى عليه غير مدين في نفس الأمر مطلقا للمدعي ، وعدم حلف اليمين هو فداء بالعشرة دنانير وإباحته تلك للمدعي ، وبتعبير آخر قول المدعى عليه : إني أرجح إعطاء العشرة دنانير على حلف اليمين صادقا لأنه لو عد نكول المنكر عن حلف اليمين إقرارا ، فيكون معنى ذلك أنه قد كذب بقوله إنه غير مدين للمدعي مع كونه كان مدينا وارتكب الكذب الحرام ، فصيانة من إلصاق تهمة الكذب بالمدعى عليه وإحسانا للظن به نقول إن المدعى عليه صادق في إنكاره أصل الدين وإن عدم حلفه اليمين مبني على بذله وفداء المدعى به . انظر : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٥٩٧ .

(٢) . ابن عابدين ، **تكملة رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣١١ . وانظر أيضا : الأبياني ، **مختصر كتاب مباحث المرافعات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٨٦ . وانظر أيضا : قراعة ، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٢٤٢ . وأيضا ٢٤٤ ، ٢٤٥. وانظر أيضا : ابن قيم الجوزية ، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٢٥ . وانظر أيضا : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٢٦ . وكذلك ج ٦ ، ص ٢٣٠ ، ٢٣١ . وانظر أيضا : المرغيناني ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٥٨ . وانظر أيضا : ابراهيم بك ، **طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية** ، مصدر سابق ، ص ٥٩٥ .

(٣) . المرغيناني ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٥٧ ، ١٥٨ . وانظر أيضا : الماوردي ، علي بن محمد بن حبيب ، (١٤١٤هـ/١٩٩٤) ، **الحاوي الكبير** ، الطبعة الأولى ، ج ١٧ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـــ لبنان . وانظر أيضا : النووي ، يحيى بن شرف (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م) ، **روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، تحقيق خليل مأمون شيحا ، الطبعة الأولى ، ج ٤ ، ص ٦٦٣ ، دار المعرفة ، بيروت ـــ لبنان . وانظر أيضا : المقدسي ، عبد الرحمن بن ابراهيم (بلا تاريخ نشر) **العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني** ، بلا رقم طبعة ، ضبط وشرح وتعليق إبراهيم محمد رمضان ، ص ٦٠٣ ، دار الأرقم بن أبي الأرقم ، بيروت ـــ لبنان . وانظر أيضا : ابن قيم الجوزية ، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١١٠ ، ١١١ . فإن النكول لا يقضى به إلا عند الحنفية ، ورأي للحنبلية بخلاف الجمهور ، أما في الحدود فإنه لا يقضى به بالاتفاق سندا للحديث الشريف "ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم " . لذلك كانت المراجع أعلاه عامة في قولها بعدم الأخذ بالنكول في الحدود وغيرها فلم يرد التخصيص للنكول وحده .

- ملخص القرار .

لا تثبت دعوى الردة إلا بالإقرار ، أو بالبينة ، فلا تثبت بالنكول عن حلف اليمين على نفي دعوى المدعي .

وحيث أن حكم المحكمة الابتدائية القاضي برد دعوى المدعي باسم الحق العام الشرعي طلب الحكم بردة المدعى عليه قد أقيم على الطلب وعدم ثبوت الدعوى بالإقرار والبينة ، فهو موافق للأصول وموافق لما رجحه هذا القرار فتم تصديقه .

الفرع الثالث : في النكول عن حلف اليمين على نفي دعوى طلب فسخ عقد الزواج لإعسار الزوج عن دفعه المهر المعجل ، القرار رقم (٦١٦٧٠)[1] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ٢٠٠٥/١/٣١م ، حيث رفعت المحكمة الابتدائية دعوى فسخ عقد زواج لإعسار الزوج المدعى عليه عن دفع المهر المعجل ، والتي حكمت فيها بفسخ عقد زواج المتداعيين ، وذلك لتدقيقها استئنافا عملا بالمادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م . ولوجود قرارات استئنافية سابقة صادرة في نفس الموضوع يخالف بعضها البعض تشكلت هيئة هذا القرار الخماسي ترجيحاً لأحد القرارات وبياناً للنهج الذي تستقر عليه هذه المحكمة الاستئنافية . علما أنها حكمت بهذه الدعوى عملا بالمادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩ م لتوفر أسباب الحكم أمامها .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية بفسخ عقد زواج المتداعيين قبل وجود الدخول أو حصول الخلوة الشرعية الصحيحة بين طرفي الدعوى . مقيمة حكمها على عجز المدعى عليه وإعساره عن دفع مهر زوجته المدعية المعجل . وذلك اعتباراً من تاريخ حكمها الواقع في ٢٠٠٤/٩/٢٣م[2] . وأقامت أسباب حكمها على الدعوى والطلب ، والبينة الخطية الرسمية المبرزة ، ونكول المدعى عليه عن حلف اليمين الشرعية الموجهة إليه على نفي دعوى المدعية ، لعجز المدعية عن إثباتها باقي دعواها ، وعلى حلفها اليمين الشرعية على ادعائها .

- مضمون القرار الخماسي .

استند قانون الأحوال الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦م على مذهب الإمام الشافعي في إجازته لفسخ عقد الزواج بسبب إعسار الزوج عن دفع مهر زوجته المعجل قبل دخوله بها[3] ، حيث نصت الفقرة "أ"[1] من المادة ١٢٦ من القانون المذكور على أنه : إذا ثبت

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٩٩ .

(٢) . تاريخ الحكم المذكور غير صحيح كما ورد في متن القرار حيث أن تاريخ الحكم الفعلي هو في ٢٠٠٤/١٠/١٩م .

(٣) . لعموم الفائدة تم بيان آراء الفقهاء في هذه المسألة ، وهي : أولا : الحنفية . قالوا : إذا عجز الزوج عن دفع المهر فلا حق للزوجة في فسخ الزواج بذلك على أي حال ، وإنما لها الحق في منع نفسها منه ، وعدم التقيد بإذنه في السفر والخروج وغير ذلك . ثانيا : المالكية . قالوا : لها حق المطالبة بالصداق الذي يجوز تأخيره وهو الصداق المضمون في الذمة الذي لم يعين قبل الدخول بها ، فإن ادعى أنه معدم عاجز عن دفع

قبل الدخول عجز الزوج بإقراره أو بالبينة عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه ، فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج والقاضي يمهله شهراً ، فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما . أما إذا كان الزوج غائباً ولم يعلم له محل إقامة ولا مال له يمكن تحصيل المهر منه ، فإنه يفسخ بدون إمهال[٢] .

الصداق فإن ذلك يكون على وجهين ، الوجه الأول : أن تثبت دعواه بالبينة ، أو تصديق الزوجة . الوجه الثاني : أن لا تثبت . فإذا رفع الأمر للقاضي وثبت أنه معسر بالبينة ، أو بتصديقها فإنه لا يجبر على الدفع . بل ينظر إلى ميسرة . وتحديد الزمن الذي يؤجل فيه موكول لاجتهاد القاضي ، فله أن يؤجله سنة أو أقل أو أكثر . فإذا عجز بعد ذلك طلق القاضي عليه أو تطلق المرأة نفسها والقاضي يحكم به . ويشترط في التطليق على المعسر أن يكون قبل الدخول ، أما بعد الدخول فلا طلاق على المعسر بالصداق على أي حال . ثالثا : قال الشافعية : إذا عجز الزوج عن دفع المهر بإعساره فإن صبرت الزوجة عليه فذاك . وإلا فلها فسخ الزواج بشروط : بأن تكون حرة ، وبالغة ، وأن يكون ذلك قبل الوطء . أما إذا مكنته من الوطء باختيارها فلا حق لها في الفسخ ، وأن يثبت إعساره بإقرار أو بينة عند قاض وإلا فلا فسخ ، ولا بد من رفع الأمر إلى القاضي فلا يصح الفسخ إلا منه . رابعا : قال الحنبلية : إذا ثبت إعسار الزوج ، وعدم قدرته على دفع المهر فلها فسخ النكاح بشروط : بأن تكون مكلفة ، وأن تكون حرة ، وأن لا تكون عالمة بعسره . فإن تزوجته وهي عالمة بأنه معسر فلا حق لها في الفسخ ، وأن يصدر الفسخ من الحاكم فليس للمرأة الفسخ من تلقاء نفسها ، ولها الحق في الفسخ ولو بعد الدخول والوطء خلافا للمالكية والشافعية . انظر : الجزيري ، **الفقه على المذاهب الأربعة** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٦٣ ــ ١٦٥ . وانظر أيضا : الكويت ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، **الموسوعة الفقهية** ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٢٥١ . وانظر أيضا : السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص ١١٨ ، ١١٩ . وانظر أيضا : التكروري ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ص ١٢٨ ، ١٢٩ . وجاء في المهذب للشيرازي أنه إذا أعسر الرجل بالمهر ففيه طريقان من أصحابنا من قال إن كان قبل الدخول ثبت لها الخيار في فسخ النكاح لأنه عقد معاوضة يلحقه الفسخ فجاز فسخه بالإفلاس بالعوض كالبيع ، وإن كان بعد الدخول لم يجز الفسخ لأن البضع صار كالمستهلك بالوطء ، فلم تفسخ بالإفلاس كالبيع بعد هلاك السلعة ، ومن أصحابنا من قال إن كان قبل الدخول ثبت الفسخ ، وإن كان بعد الدخول ففيه قولان ، أحدهما : لا يثبت لها الفسخ لما ذكرناه . والثاني : يثبت لها الفسخ وهو الصحيح لأن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع إليه ، ولا يجوز الفسخ إلا بالحاكم لأنه مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب . انظر أيضا : الشيرزاي : إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أباذي (١٤١٤هــ/١٩٩٤م) ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، ج ٢ ، ص ٧٨ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : القيرواني ، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي (١٩٩٩م) ، **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات** ، الطبعة الأولى ، تحقيق د . محمد حجي ، ج ٤ ، ص ٦٠٣ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ــ لبنان.

([١]) . ورد في القرار أنه نصت الفقرة أ من المادة ١٢٦ من قانون الأحوال الشخصية المعدلة بالمادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية المؤقت رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١م . إلا أن هذه الفقرة من هذه المادة لم تعدل . فبالرجوع للمادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية المؤقت المعدل رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١ م تاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١م تبين أنها نصت على أن تعدل المادة ١٢٦ من القانون الاصلي باعتبار ما ورد فيها فقرة (أ) وإضافة الفقرتين (ب) و(ج) التاليتين إليها : ب ــ للزوجة قبل الدخول أو الخلوة أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا استعدت لإعادة ما استلمته من مهرها ، وما تكلف به الزوج من نفقات الزواج ، وللزوج الخيار بين أخذها عينا أو نقدا ، وإذا امتنع الزوج عن تطليقها يحكم القاضي بفسخ العقد بعد ضمان إعادة المهر والنفقات . ج ــ للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع مبينة بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما ، وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ، وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية ، وخالعت زوجها ، وردت عليه الصداق الذي استلمته منه حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائنا .

([٢]) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج بالنقاط الآتية :

١. وُجدت هذه المادة درءاً للمفاسد ولدفع الضرر عن الزوجة . فقد يلجأ زوج متعسف بعد إجراء عقد زواجه إلى تأخير الدخول بزوجته ، وتأخير دفع مهرها المعجل المسجل لها ثم الامتناع عن دفعه وتسليمه لها وادعائه الإعسار . وبالتالي ترك زوجته معلقة دون إتمام الزفاف ونقلها لبيت الزوجية وإنفاقه عليها ، وكذلك إبقائها على ذمته فلا يطلقها . محاولاً بذلك الضغط عليها وإرهاقها لكي يدفعها لمقايضته على طلاقها بأن تدفع له مبلغاً من المال مقابل أن يطلقها(١) . وهذا بلا شك جور منهي عنه وتعسف في استعمال الحق.

والله تعالى يقول : ((فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلۡمَيۡلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلۡمُعَلَّقَةِۚ))(٢) . فجاء في تفسيرها : أي لا تتركوها لا هي أيماً ، ولا ذات بعل(٣) . ويقول تعالى أيضا : ((وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥ))(٤) .

وبالرجوع لقرارات هذه المحكمة الاستئنافية الصادرة في نفس موضوع هذا الموضوع تبين لها الآتي :

- إن كثيرا من القرارات اعتمدت نكول المدعى عليه عن حلف اليمين الشرعية ، وحلف المدعية اليمين الشرعية على دعواها وأقرته كسبب لثبوت الحكم ، ومن هذه القرارات

---

(١) . داود ، **القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٢٧٧ .

(٢) . (النساء : ١٢٩) .

(٣) . وهو ما روي عن ابن عباس ، وعن سعيد بن جبير رضي الله عنهما ، وقيل في معنى المعلقة أي التي ليست بمخلاة ونفسها فتبتغي لها ، وليست متهيئة كهيئة المرأة من زوجها ، لا هي عند زوجها ، ولا مفارقة فتبتغي لنفسها . فتكون كالشيء المعلق بين السماء والأرض فلا هي مستقرة على الأرض ولا هي في السماء . انظر : الطبري ، أبو جعفر محمد بن جرير (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) ، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن** ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ٤٢٦ ، ٤٢٧ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : ابن حيان الأندلسي ، أبو حيان محمد بن يوسف (١٤٢٢هـ/٢٠٠١م) ، **البحر المحيط** ، الطبعة الأولى ، ج ٣ ، ص ٣٧٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : الصابوني ، **صفوة التفاسير** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٢٨٦ .

(٤) حيث جاء تعليقا على هذه الآية أن الفعل المشروع لا تحل مباشرته إذا قصد به قصد فاسد ، وأن اتخاذ هذا الحق "مراجعة الزوج لزوجته خلال عدتها" وسيلة لإلحاق الضرر بالزوجة بتطويل العدة عليها ، أو إلجائها إلى الافتداء تخلصا من هذا الإضرار أمر لا يبيحه الشرع . لأنه تعسف أو استعمال للحق في غير ما شرع له . ويضيف أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن من كان مقصده بالمراجعة المضارة فإنه آثم . انظر : الدريني ، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي** ، مصدر سابق ، ص ١٠٦ ، ١٠٧ . وإن امتناع الزوج عن دفع مهر زوجته المعجل ، وادعائه إعساره . مع بقاء الزوجة دون إتمام للزفاف أو تسريح بالطلاق ، لإجبارها بأن تدفع له المال ليطلقها هو كمن يراجع زوجته في آخر عدتها قاصدا إضراره بها .

التي تحمل الأرقام التالية : (١٦٠٧٨)[١] ، و(٢٤٨١٩)[٢] ، و(٢٩٤٧١)[٣] ، و(٣٩٢٧٢)[٤] ، حيث نهجت إلى أنه إن عجزت المدعية عن إثباتها دعواها ، فعلى المحكمة إفهامها بأن لها الحق في تحليف زوجها المدعى عليه اليمين الشرعية على نفي دعواها ، حتى لو كان مجهول محل الإقامة وتمت محاكمته غيابيا ، فإذا نكل عن حلف اليمين ترد اليمين على المدعية ، ويحكم بثوت دعواها بيمينها . ولعلها انتهجت نهجها هذا على اعتبار أن النكول عن الحلف على النفي هو إقرار على الفعل . وسيأتي بيان الفرق بين الاقرار والنكول .

- في حين نهجت القرارات التي تحمل الأرقام التالية : (١٥٣١٣)[٥] ، و(٣٠٦٨٣)[٦] ، و(٣٦٥٧٥)[٧] منهجاً مغايراً بأنه إن لم تثبت دعوى المدعية طلبها فسخ عقد زواجها بسبب إعسار زوجها عن دفع المهر المعجل قبل الدخول بإقرار المدعى عليه أوببينتها فإن دعواها ترد ، ولا يصار لتحليف المدعى عليه بطلب المدعية . فاهمة نص المادة ١٢٦ المذكورة بأن هذه الدعوى لا تثبت إلا بالإقرار أو البينة . وإن النص في المادة المذكورة جاء للحصر ، وفيه يظهر إرادة المشرع في قصده لهاتين الوسيلتين تحديداً ، وتخصيصه لهما دون سواهما من وسائل الإثبات الأخرى . وبالتالي ذهبت هذه القرارات إلى أنه لا يجوز مخالفة نص المادة والاجتهاد في مورد النص .

وعليه وحيث ظهر الخلاف واضحاً في منهج القرارات الصادرة في نفس الموضوع ، فكان لا بد من تحديد الاتجاه الشرعي والقانوني في هذا الموضوع ، وإيجاد منهج يعتمد عليه به . فبعد انعقاد الهيئة الخماسية خرجت بأن طرق الإثبات التي اعتبرها قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م لا تخلو من الإقرار والتصادق ، والبينات الشخصية المتمثلة بالشهود ، وكذلك البينات الخطية ، وإجراء الخبرة ، وحلف اليمين ، والنكول عنه . وإن الذي أوردته المادة ١٢٦ المذكورة من طرق الإثبات طريقان لا ثالث لهما ، وهما : إقرار المدعى عليه بإعساره عن دفع مهر زوجته المعجل . والثاني إثبات المدعية دعواها بالبينة على ما ادعت.

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٦ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٦٧ .
(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٧ .
(٤) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٤٠ .
(٥) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٤ .
(٦) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٩٣ .
(٧) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٢٨ .

ثم شرع القرار في الحديث عن وسائل الإثبات عند السادة الحنفية ، وبيان أنواعها ، وحجيتها ، وماهية كل منهم . والفرق بين الاقرار والنكول .

- يرى الباحث أنه وبما أن القانون قد أخذ في مادته هذه بمذهب الشافعية ، فلربما كان الأجدر في هذا القرار أن يبحث في وسائل الإثبات عند السادة الشافعية ، ومنهجهم في اعتبارهم الإثبات لهذه الدعوى . حيث أنهم قالوا : إذا عجز الزوج عن دفع المهر بإعساره فإن صبرت الزوجة عليه ، فذاك . وإلا فلها فسخ الزواج بشروط ، منها : أن يثبت إعساره بإقرار أو بينة عند قاض وإلا فلا فسخ[١] .

وعودة على ما تحدث عنه القرار من وسائل الاثبات عند الحنفية ، فإن الراجح عندهم أن وسائل الإثبات تتدرج في البينة ، أو الإقرار ، أو اليمين ، أو النكول عنه ، أو القسامة ، أو علم القاضي بما يريد أن يحكم به ، أو القرائن الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به . وذلك تبعا لاختلاف المحكوم به[٢] .

أولا : البينة . ومعناها لغة : الدليل ، والحجة الواضحة[٣] . وقد سرد القرار أن معناها في الاصلاح : الشهادة والشهود . مسنداً هذا التعريف للبدائع . إلا أنه وبتدقيقه لم يجد الباحث هذا التعريف فيه . بل وجد ما يمكن فهمه كتعريف للبينة بقوله : أنها حجة مظهرة للحق[٤] . وبالتناوب فقد جاء في درر الحكام ما نصه : أن أحد نوعي البينة الشهادة الشرعية ، والنوع الآخر البينة الكتابية ، لأن البينة هي الشهادة الشرعية كما يفهم من شرح المادة ١٦٧٦ من مجلة الأحكام العدلية بقولها : "البينة هي الحجة القوية"[٥] . وقيل أنها اسم لما يبين من الحق[٦]

---

(١) . الجزيري ، **الفقه على المذاهب الأربعة** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٦٤ .
(٢) . ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٩٨ .
(٣) . مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ٨٣ . وقيل البينات : جمع بينة ، وهي صفة من بان يبين فهو بيّن ، والأنثى بينة ، أي : واضحة . وهو صفة لمحذوف أي : الدلالة البينة أو العلامة ، فإن قيل له بينة أي : علامة واضحة على صدقه . انظر : البعلي ، أبو الفضل محمد بن أبي الفتح (١٤٢٣ هـ/٢٠٠٣م) ، **المطلع على ألفاظ المقنع** ، الطبعة الأولى ، ص ٤٩٢ ، مكتبة السوادي ، جدة ــ السعودية .
(٤) . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٢٢ .
(٥) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٣٣٨ .
(٦) . ابن قيم الجوزية ، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ . وقريب من هذا التعريف عرفها العلامة ابن فرحون بأنها اسم لكل ما يُبَيّنُ الحق ويظهره . انظر : ابن فرحون ، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ١٧٢ .

. وجاء في الدرر أيضا أنه لم يرد في أحد الكتب الفقهية المشهورة تعريفا للبينة ، كالتعريف الذي ورد في هذه المادة[١] .

ثانيا : الإقرار . وهو في اللغة : ضد الجحود[٢] ، والإذعان للحق والاعتراف به[٣] . فيقال أقر بالحق : اي اعترف بالحق وأثبته[٤] . وفي الاصطلاح : إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر[٥] .

ثالثا : النكول . ومعناه لغة ، يقال : نكل نكولا أي جَبُنَ ونَكَصَ[٦] . وهو مشتق من الفعل نكل ، وفيه قال ابن فارس أنه يدل على منع وامتناع .

وعرف هذا القرار النكول اصطلاحاً بأنه : امتناع المدعى عليه عن حلف اليمين إذا وجهت إليه خشية عاقبتها . مسنداً هذا التعريف للبدائع ، وبمراجعته لم يجد الباحث هذا التعريف فيه أيضاً .

وعُرف على أنه امتناع من وجبت عليه اليمين أو له منها[٧] .

ويظهر عند الحنفية أن النكول عن اليمين دليل مستقل قائم بذاته ، فيؤخذ به في المال[٨] ، ولا يدخل تحت الإقرار ، ولا يعتبر النكول إقراراً . فيظهر الفرق بين النكول والإقرار من حيث الحجية ، وماهية كل منهما ، ومدى قبول الرجوع فيهما ، وفي اعتبارهما وصحتهما ، وفي الحقوق التي يقضى بها بكل منهما .

- الفرق بين الإقرار والنكول .

---

(١) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ . وبالفعل لم يجد الباحث بعد البحث المعمق لتعريف اصطلاحي خاص بالبينة ، سوى ما ذُكر .

(٢) . ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٨٥٤ .

(٣) . ابن منظور ، **لسان العرب** ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٨٨ .

(٤) . مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ٧٥٢ .

(٥) . ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٤٤٨ .وانظر أيضا : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، شرح المادة ١٥٧٢ من مجلة الأحكام العدلية ، ج ٤ ، ص ٧٠ .

(٦) . مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ٩٩١ .

(٧) . الكويت ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، **الموسوعة الفقهية** ، مصدر سابق ، ج ٤١ ، ص ٣٥٩ .

(٨) . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٣١ .

الإقرار يكون موجباً للحق بنفسه ، ويلزم صاحبه بما أقر فيه لكمال ولايته على نفسه(١). والإقرار كما تقدم هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر(٢) ، وكذلك فلا يصح الرجوع عنه في حقوق العباد(٣) ، ويصح الإقرار في مجلس القضاء وخارجه(٤) ، فهو مثبت لجميع الحقوق إن توفرت شروطه كونه حجة بنفسه .

أما النكول فإنه ليس موجباً للحق بنفسه ، بل يثبت الحق معه بقضاء القاضي ، لأنه إقرار فيه شبهة واحتمال(٥) . وإن الناكل لا يخبر بحق على نفسه لآخر . لأنه بالأصل يمتنع عن حلف اليمين الموجهة إليه ، وقد يكون امتناعه للتورع عن اليمين الكاذبة أو للترفع عن الصادقة . كما أنه يجوز للناكل أن يعود قبل القضاء وصدور الحكم ويحلف اليمين التي نكل عنها ، فلو كُلف المدعى عليه بحلف اليمين ونكل عن الحلف وقال : لا أحلف ، إلا أنه وقبل الحكم عاد وقال : أحلف . فيقبل منه لأن حلفه ليس فيه نقض لحكم القاضي لعدم صوره بعد(٦) . ولا يعتبر النكول عند غير القاضي حيث نصت المادة ١٧٤٤ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : "لاتكون اليمين إلا في حضور القاضي أو نائبه ، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرهما"(٧) . وبخلاف الإقرار فإن النكول لا يقضى به في دعاوى النكاح والرجعة والفيئ والإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان عند أبي حنيفة رحمه الله ،

---

(١) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ، ٩٨ و ٤٣٨ . وانظر أيضا : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ٢١٣ . وانظر أيضا : المرغيناني ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٨٠ وأيضا ٢١٩ .

(٢) . ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٤٤٨ . وانظر أيضا : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، شرح المادة ١٥٧٢ من مجلة الأحكام العدلية ، ج ٤ ، ص ٧٠ .

(٣) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، شرح المادة ١٥٨٨ من مجلة الأحكام العدلية ، ج ٤ ، ص ١٠٢ . وانظر أيضا : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ٩٧ ، و ٢١١ .

(٤) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، شرح المادة ١٨١٧ من مجلة الأحكام العدلية ، ج ٤ ، ص ٥٧٣ .

(٥) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، شرح المادة ١٧٤٢ و١٧٥٥ من مجلة الأحكام العدلية ، ج ٤ ، ص ٤٣٨ ، و٤٦٤ حيث جاء في هذه الصفحة أن النكول عن اليمين عند "الصاحبين" إقرار ، وعند "أبي حنيفة" بذل وإحسان . وانظر أيضا : ابن قاضي سماونة ، **جامع الفصولين** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ١٤١ ، ١٤٢ . وانظر أيضا : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ٢٣١ .

(٦) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، شرح المادة ١٧٥١ من مجلة الأحكام العدلية ، ج ٤ ، ص ٤٥٤ . وانظر أيضا نفس المرجع شرح المادة ١٨٢٠ من مجلة الأحكام العدلية ، ج ٤ ، ص ٥٩٦ . وانظر أيضا : ابن قاضي سماونة ، **جامع الفصولين** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ١٤٣ .

(٧) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، شرح المادة ١٧٤٤ من مجلة الأحكام العدلية ، ج ٤ ، ص ٤٤١ . وانظر أيضا نفس المرجع شرح المادة ١٨٢٠ من مجلة الأحكام العدلية ، ج ٤ ، ص ٥٩٧ . وانظر أيضا : ابن عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٤٢٣ . وانظر أيضا : ابن قاضي سماونة ، **جامع الفصولين** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ١٤٣ .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يستحلف في ذلك كله ــ وبالتالي يقضى بالنكول ــ إلا في الحدود واللعان(١) .

وبهذا يظهر الفرق بين الإقرار والنكول ، ويتبين أن كل واحد منهما مستقل عن غيره ومغاير له . وقد جاء في شرح المادة ١٨٢٠ من مجلة الأحكام العدلية أنه لا يجوز إسناد الحكم للإقرار والنكول معاً ، بل إلى أحدهما فقط . إذ لايجوز أن يجمع في مادة واحدة بين هذه الأسباب الحكمية المتناقضة(٢) .

- يتبين أن كلاً من البينة والإقرار والنكول وسيلة مستقلة بذاتها من وسائل الإثبات ، وبناءً عليه فقد تقرر بيان النهج الذي تراه هذه المحكمة بأن دعوى طلب التفريق لإعسار الزوج عن دفع المهر المعجل لا تثبت إلا بالإقرار ، أو بالبينة . فإن غاب الزوج أو أنكر وعجزت الزوجة عن إثبات دعواها فإن دعواها تكون حرية بالرد . مرجحة بذلك ما جاء في القرارات الصادرة عن هذه المحكمة بالأرقام : (١٥٣١٣)، و(٣٠٦٨٣)، و(٣٦٥٧٥).

وحيث كان حكم المحكمة الابتدائية مقاماً على البينة الخطية الرسمية المبرزة ــ التي لا ترقى لثبوت مثل هذه الدعوى ــ ونكول المدعى عليه عن حلف اليمين الشرعية الموجهة إليه على نفي دعوى المدعية لعجزها عن إثباتها باقي دعواها ، وحلف المدعية اليمين الشرعية على ادعائها ، وهو مخالف لنهج القرار الخماسي فقد تم فسخه ، وعملاً بالمادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩ م تم الحكم برد هذه الدعوى لعدم ثبوتها .

٢. حيث عدّل قانون الأحوال الشخصية رقم واحد وستين لسنة ١٩٧٦ م واستعيض عنه بقانون الأحوال الشخصية رقم ستة وثلاثين لسنة ٢٠١٠ . وكان من ضمن التعديلات على هذا القانون ما طرأ على مادة هذا القرار فصار نص المادة ١٣٩ منه ، والتي تنص على التفريق لعجز الزوج عن دفع مهر زوجته المعجل ، بأنه إذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه ، فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج . والقاضي يمهله شهرا ، فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ

---

(١) . المرغيناني ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٥٧ .
(٢) . باز ، سليم رستم (١٤١٨ هـ/١٩٩٨م) ، **شرح المجلة** ، الطبعة الثالثة ، ص ١٠٠٨ ، دار العلم للجميع ، بيروت ــ لبنان .

الزواج بينهما . أما إذا كان الزوج غائباً ولم يعلم له محل إقامة ولا مال له يمكن تحصيل المهر منه فإن العقد يفسخ دون إمهال[١] .

حيث تم حذف عبارة "بإقراره أو بالبينة" ، ولم يتطرق هذا القانون للآلية التي يتم بها إثبات العجز وتركها على عمومها ، وبالتالي يرجع فيها للقاعدة العامة في أن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر .

- ملخص القرار .

لا تثبت دعوى طلب التفريق لإعسار الزوج عن دفع المهر المعجل إلا بالإقرار ، أو بالبينة . (مع العلم أن هذا المبدأ ألغي بعد إلغاء قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م ، واستبداله بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م ، صارت هذه الدعوى تثبت بالنكول واليمين أيضا).

حيث إن تعديل القانون هذا وما كان لهذه المادة مدار موضوع القرار من نصيب في التعديل ، فقد رفع بذلك سلطة هذا القرار الخماسي عما أوجده وبينه من منهج يجب أن تحذو حذوه المحاكم الشرعية الابتدائية ، بأن جعل القانون إثبات هذه الدعوى على العموم دون تخصيصه لوسيلة الإثبات .

المطلب الثاني : في ترجيح بينة النشوز وعدم النشوز ، القرار رقم (١٨١٨٤)[٢].

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٧٤/٨/٢١م ، بعدما استأنف المدعي "المعترض" على الدعوى الاعتراضية التي تقدم فيها بطلب الاعتراض على الحكم الصادر بحقه بإلزامه بحكم نفقةٍ لزوجته المعترض عليها . ولوجود خلاف بين القرارات الاستئنافية الصادرة في ذات موضوع هذا القرار ، فقد صدر هذا القرار بهيئة مكونة من خمسة أعضاء كان أحدهم منتدباً[٣] .

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٧م ، ص ٥٨٠٩ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٣٤ .
(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ ، حيث نصت المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه : "إذا رأت محكمة الاستئناف أن المسألة الفقهية أو القانونية التي ينبغي عليها الفصل في أية قضية مستأنفة قد سبق صدور أحكام استئنافية بشأنها يخالف بعضها البعض الآخر ، أو كان من رأيها العدول عن اتباع مبدأ تقرر في أحكام سابقة . جاز

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية حكمها الوجاهي برد دعوى المعترض باعتراضه على الحكم الصادر بحقه بإلزامه بمبلغ مائتي فلس يومياً نفقة لزوجته المعترض عليها(١) ، وذلك لعجز المعترض عليها عن إثباتها "دفعها" طرد المعترض وإيذاءه لها ، والمقدم على دفع المعترض أنها ناشز لا تستحق النفقة ، وعلى حلف المعترض اليمين الشرعية على نفي دفع الدفع ، وعلى عجز المعترض عن إثبات شرعية مسكن الزوجية المؤمن للمعترض عليها ، وعلى حلف المعترض عليها اليمين الشرعية على نفي شرعيته .

- مضمون القرار الخماسي .

راجعت المحكمة الاستئنافية النصوص الفقهية المتعلقة بهذا الخصوص ، فنص القرار على الفقرة التالية : "تبين أن المادة ١٦٣٢ من المجلة نصت على أنه في حالة الادعاء بدفع تندفع به الدعوى يكلف مدعي الدفع لإثبات دفعه ، فإن أثبته تندفع به دعوى الدافع ، ولا يحلف المدعي الأصلي بطلب صاحب الدفع" .

- بمراجعة نص المادة المذكورة يظهر أن نصها كالتالي : "إذا أثبت من دفع الدعوى ، تندفع دعوى المدعي . وإن لم يقدر على الإثبات يحلف المدعي الأصلي بطلبه ، فإن نكل المدعي عن اليمين يثبت دفع المدعى عليه ، وإن حلف المدعي تعود دعواه الأصلية"(٢) . وليس كما صاغها القرار بأن المدعي الأصلي لا يحلف بطلب صاحب الدفع ، إلا إن كان هذا من قبيل الخطأ الطباعي .. حيث جاء في شرح هذه المادة في الدرر أن الدفع يثبت بالإقرار ، وبالبينة ، وبنكول المدعى عليه ، وبإقرار الشخص الثالث في بعض المسائل ، وإن عجز المدعى عليه عن إثبات الدفع بناء على إنكار المدعي ، فيحلف المدعي الأصلي بطلب صاحب الدفع .
- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط الآتية :

لها أن تصدر قرارها في تلك القضية بما تراه صوابا . وفي هذه الحالة تنعقد المحكمة من خمسة قضاة ، ويكمل قاضي القضاة هيئة المحكمة عندئذ بطريق الانتداب" .

(١) . نصت المادة ٢١٥ من كتاب النفقات الشرعية على أنه : إذا قدرت النفقة شهرية تعطى معجلة في كل شهر ، وإذا لم يرض الزوج إعطائها النفقة مشاهرة ، وطلبت الزوجة أن تكون مياومة ، فيجب على الزوج أن يدفع لها كل يوم مساء نفقة اليوم الي يليه . انظر : الدجاني ، **كتاب النفقات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٤٧ .

(٢) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٣٢٥ . وانظر أيضا : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٩٦ .

١. إن الصورة السابقة الذكر توافق القاعدة الفقهية المتضمنة بأن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر[١] .

٢. هذه الحالة تندرج تحت ما جاء في المادة ١٧٦٩ من مجلة الأحكام العدلية حيث نصت على أنه : "إذا أظهر الطرف الراجح العجز عن البينة تطلب من الطرف المرجوح . فإن أثبت فيها وإلا يحلف" . وكذلك ما جاء في المادة ١٧٧٠ بقولها : "إذا أظهر الطرف الراجح العجز عن الإثبات فحكم بموجب البينة التي أقامها الطرف المرجوح على الوجه المبين أعلاه . ثم أراد الطرف الراجح بعد ذلك إقامة البينة فلا يلتفت إليه بعد"[٢] . فإن إدعاء الزوج أن زوجته ناشز لا تستحق النفقة ، وادعائها هي أنها مستحقة لها كونها غير ناشز . فهذا يأتي تحت مسمى ترجيح البينات .

وباستعراض القرارات الاستئنافية السابقة في نفس الموضوع تبين لها ما يلي :

- إن القرار رقم (١٤٤١٤)[٣] خطأ المحكمة الابتدائية عندما كلفت الزوج بحلف اليمين بناء على طلب الزوجة على نفي دفعها أنه طردها من بيت الزوجية بعد أن عجزت الزوجة عن إثبات دفعها هذا ، فقال أنه كان على المحكمة الابتدائية أن تكلف الزوج إثبات نشوز زوجته بعد عجزها عن إثباتها دفعها طرد زوجها لها .
- بينما أصدرت هذه المحكمة قرارها الاستئنافي رقم (١٤٢٧٨)[٤] متجهة فيه إلى أنه في حالة عجز الزوجة عن إثباتها طرد زوجها لها ، فتُفهم أن لها الحق بتحليف زوجها اليمين الشرعية على نفي دفعها .

وكما يظهر من حصول عدم الاستقرار في رأي المحكمة الاستئنافية ، وعدم وقوفها على نهج واحد تعتمده في الخطي قدما عليه ، فقد شكلت هيئة خماسية لبيان السبيل الواجب اتباعه في هذا الموضوع ، ورأت أنه إذا ادعى الزوج نشوز زوجته وأنها لا تستحق النفقة لنشوزها ، ثم ادعت هي أنها غير ناشز ودفعت دفع زوجها بأنها مستحقة للنفقة لأن خروجها كان

---

(١) . الزرقا ، **شرح القواعد الفقهية** ، مصدر سابق ، ص ٣٦٩ . وانظر أيضا : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٩٦ . وانظر أيضا : شرف الدين ، **المرافعات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٩٩ .

(٢) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٣٦٠ .

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢١ ، ج ٢ .

(٤) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢١ ، ج ١ .

بسبب طرد زوجها لها ، أو إيذاه لها ، أو أن ذمته مشغولة بمهرها المعجل أو ببعضه[1] . فإنه يجب والحالة هذه أن تقوم المحكمة الابتدائية بالفصل بداية في دفع الدفع ، وتكلف الزوجة إثبات دفعها ، فإن أثبتته يندفع دفع الزوج النشوز ، وبالتالي يثبت استحقاقها للنفقة . أما إن عجزت عن الإثبات فتفهم أن لها الحق بتحليف زوجها اليمين الشرعية على نفي دفعها ، فإن نكل الزوج عن حلف اليمين يثبت دفعها[2] . وبالتالي يثبت استحقاقها للنفقة[3] . وهذا موافق لمبدأ القاعدة الشرعية "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" .

أما إن حلف الزوج أو لم ترغب الزوجة بتحليفه فيرد دفعها . ويصار للانتقال بالعمل بمبدأ ترجيح البينات طبقا لما جاء في المادتين ١٧٦٩ و١٧٧٠ المذكورتين من مجلة الأحكام العدلية .

٣. يقول العلامة باز معلقاً أن مسائل ترجيح البينات كثيرة ، ولتعميم الفائدة ذكر منها عدة مسائل كانت من ضمنها أن بينة الزوج أن زوجته ناشزة لا تستحق النفقة أولى من بينتها بأنها غير ناشزة[4] . وذلك بأن يتم تكليف صاحب البينة الراجحة عبء الإثبات ، فإن أقامها حكم له ببينته . وإن عجز يكلف صاحب البينة المرجوحة عبء إثبات ما

---

(1) . بينت المادة ٦٢ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ عدم استحقاق الزوجة لنفقتها بسبب نشوزها ، وعرفت معنى النشوز ، وبينت الدفوع التي تصلح أن تكون دفعا على النشوز ، فنصت على أنه : "إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها ما لم تكن حاملاً فتكون النفقة للحمل ، والناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر ويعتبر من المسوغات المشروعة لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها أو إساءة المعاشرة أو عدم أمانتها على نفسها أو مالها" . ومن الدفوع التي تصلح أن تكون دفعا للنشوز الدفع بعدم شرعية مسكن الزوجية ، وكذلك الدفع بانشغال ذمة الزوج بمهر المدعية المعجل ، وكذلك الدفع بعدم وجود محرم لنقل الزوجة لبيت الزوجية . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٧م ، ص ٥٨٠٩ . ونصت المادة ١٦٧ من كتاب النفقات الشرعية على أن الزوجة الناشزة لا تستحق النفقة ما لم تترك النشوز . انظر : لجنة من فطاحل العلماء ، **كتاب النفقات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٣٧ .

(2) . وهذا عند من يرى بالقضاء بالنكول كما هو عند السادة الحنفية . انظر : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٣٠ . وانظر أيضا : المرغيناني ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٥٧ .

(3) . أبو سيف ، مأمون محمد (٢٠١١م/١٤٣٢هـ) ، **الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات** ، الطبعة الثالثة ، ص ١٣٩ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : بشناق ، "أحمد الجزار" محمد داود (٢٠٠٦م) ، **ترجيح البينات في النفقة والطلاق وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية الأردني في ضوء قوله صلى الله عليه وسلم : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر** " ، رسالة احتصل بموجبها الباحث على درجة الماجستير من جامعة البلقاء التطبيقية ، ص ٩٤ ، ٩٥ . وانظر أيضا : داود ، **القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٩٣ . وانظر أيضا : الظاهر ، راتب عطا الله ، **إجراءات دعوى نفقة الزوجة على ضوء القوانين المعمول بها واجتهادات محكمة الاستئناف الشرعية** ، بحث غير منشور ، ص ١٤ . وتحدث الدكتور محمد نعيم ياسين عن آلية الدفع وأثره في الدعوى فكان حديثه على نحو ما ذكر . إلا أن حديثه كان على وجه العموم دون التخصيص في دفع النفقة . انظر ياسين ، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية** ، مصدر سابق ، ص ٦٣٠ ، ٦٣١ .

(4) . باز ، سليم رستم ، **شرح المجلة** ، مصدر سابق ، ص ٩٧١ .

ادعى ، فإن أقامها يحكم له ببينته . وإن عجز يحلف على ما ادعى . وإن أراد صاحب البينة الراجحة إقامة البينة قبل حلف صاحب البينة المرجوحة لا يلتفت إليه[1] .

٤. الحاصل أن الزوج يكلف إثبات نشوز زوجته لأن بينته تظهر أمراً خلاف الظاهر[2] ، فالظاهر بقاء الزوجة في بيت زوجها وعدم الخروج منه دون إذنه ، فوجب عليه الإثبات لتقوى به حجته الضعيفة . فالبينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر[3] . لأن الظاهر واضح ليس بحاجة لبينة تثبته ، أما غير الظاهر فيحتاج إلى بينة قوية لإثباته ، والأصل أن ما وجب بالعقد أن يستمر ، وطاعة المرأة لزوجها وعدم نشوزها وجبا بالعقد فهما مستمران ، والادعاء بنشوز الزوجة أمر خفي ، لأن الأصل عدم النشوز ، وادعاء الزوج نشوز زوجته خلاف الظاهر فوجب عليه عبء الإثبات[4] . فإن أقام البينة وأثبت مدعاه حكم له ببينته ، وثبت نشوز الزوجة وبالتالي عدم أحقيتها في النفقة . أما إن عجز فينتقل عبء الإثبات للزوجة صاحبة البينة المرجوحة والتي تدعي الظاهر أنها غير ناشز ، فإن أثبتت عدم نشوزها يسقط دفع النشوز ، وبالتالي يثبت استحقاقها للنفقة . أما إن عجزت عن الإثبات ، والأصل مدعاها ، وبحسب مركزها

---

(1) . الأبياني ، **مختصر كتاب مباحث المرافعات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص٨٣ ، ٨٤ . وانظر أيضا : بشناق ، **ترجيح البينات في النفقة والطلاق وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية الأردني في ضوء قوله صلى الله عليه وسلم : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**" ، مصدر سابق ، ص ٩٧ ــ ١٠٠ . وانظر أيضا : بني بكر ، قاسم محمد (٢٠٠٩م) ، **نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي** ، الطبعة الأولى / الإصدر الأول ، ص ٢٦٩ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : داود ، **القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١١٠ ، ١١٨ ، ١١٩ . وانظر أيضا ص ١٩٤ . وانظر أيضا : أبو سيف ، **الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات** ، مصدر سابق ، ص ١٠٩ وأيضا ١٣٩ و١٤٠ .

(2) . يقصد بالظاهر : ما بان ووضح للناس إما بموجب أصله ، أو لأنه غالب في استعمال الناس ومتعارف عليه في الحياة . انظر : الزحيلي ، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٦٥١ . وانظر أيضا : ياسين ، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية** ، مصدر سابق ، ص ١٨٧ .

(3) . بشناق ، **ترجيح البينات في النفقة والطلاق وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية الأردني في ضوء قوله صلى الله عليه وسلم : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**" ، مصدر سابق ، ص ٩٧ . وانظر أيضا : الزرقا ، **شرح القواعد الفقهية** ، مصدر سابق ، ص ٣٦٩ . وانظر أيضا : قراعة : **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ .

(4) . بشناق ، **ترجيح البينات في النفقة والطلاق وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية الأردني في ضوء قوله صلى الله عليه وسلم : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**" ، مصدر سابق ، ص ٩٨ . وانظر أيضا : الكويت ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، **الموسوعة الفقهية** ، مصدر سابق ، ج ٤٠ ، ص ٣٠٣ .

القانوني فهي صاحبة الجانب القوي فيكتفى منها بحلفها اليمين على عدم النشوز . إذ أن القول قولها بيمينها[١] .

٥. كون هذه الدعوى هي دعوى اعتراضية فقد نظرت الهيئة الاستئنافية في الدعوى الاعتراضية والأصلية عملا بالمادة ١١٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م[٢] . وبالنظر في الدعوى الأصلية تبين أن المحكمة الابتدائية حكمت بمقدار نفقة المدعية الزوجية بناء على إخبار الخبراء ، وبتدقيق خبرتهم تبين أنها مخالفة للأصول حيث أنهم لم يذكروا فيها أن المبلغ المقدر كنفقة زوجية للمدعية هو حسب حال الزوج المدعى عليه ، وهو ما لابد منه لصحة العمل بهذا الإخبار[٣] .

- ملخص القرار .

---

(١) . بشناق ، **ترجيح البينات في النفقة والطلاق وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية الأردني في ضوء قوله صلى الله عليه وسلم : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**" ، مصدر سابق ، ص ٩٨ . وانظر أيضا : الزرقا ، **شرح القواعد الفقهية** ، مصدر سابق ، ص ٣٦٩ . وانظر أيضا : الندوي ، **القواعد الفقهية مفهومها ، نشأتها ، تطورها ، دراسة مؤلفاتها ، أدلتها ، مهمتها ، تطبيقاتها** ، مصدر سابق ، ص ٤٠١ . وانظر أيضا : التغلبي ، عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم الشيباني (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م) ، **نيل المآرب بشرح دليل الطالب** ، الطبعة الأولى ، تحقيق د. محمد الأشقر ، ج ٢ ، ص ٢٩٥ ، مكتبة الفلاح ، الكويت . وانظر أيضا : الصاوي ، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (بلا تاريخ طبعة) ، **بلغة السالك لأقرب المسالك** المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٧٤٨ ، دار المعارف ، القاهرة ــ مصر . وانظر أيضا : الخرشي ، أبو عبد الله محمد بن عبد الله (بلا تاريخ طبعة) ، **شرح مختصر خليل** ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ٧ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : ابن مازة البخاري ، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٥٤٥ . وانظر أيضا : ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ١٩٥ . وانظر أيضا : البهوتي ، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس (بلا تاريخ طبعة) ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، بلا رقم طبعة ، ج ٥ ، ص ٤٧٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : المرداوي ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، مصدر سابق ، ج ٩ ، ص ٣٨٣ . وانظر أيضا : الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد (١٤١٧هـ) ، **الوسيط في المذهب** ، الطبعة الأولى ، ج ٦ ، ص ٢١٤ ، دار السلام ، القاهرة ــ مصر . وانظر أيضا : لجنة من فطاحل العلماء ، **كتاب النفقات الشرعية** ، مصدر سابق ، المادة ١٦٨ ونصها : القول للزوجة مع اليمين في عدم النشوز ، فإذا اختلف الزوجان في نشوز الزوجة وكانت الزوجة في منزل الزوج ، ولم يتمكن الزوج من إثبات نشوزها بالبينة ، فالقول لها مع اليمين في عدم النشوز ، ص ٣٨ .

(٢) . نصت المادة ١١٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه : "إذا لم يحضر المعترض أو الطرفان في اليوم المعين للنظر في الاعتراض يرد الاعتراض ولا يقبل مرة أخرى والحكم الصادر برد الاعتراض يكون قابلا للاستئناف شريطة تبليغه للمعترض ، وفي هذه الحالة تنظر محكمة الاستئناف في الحكم الأصلي المعترض عليه" . انظر : أبو البصل : **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ . وانظر أيضا : التكروري ، **الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٣٣ ، ١٣٤ .

(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٦٨ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١ م ، ص ٢٧٥٦ . فقد نصت المادة ٧٠ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م على أن : "تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً وتجوز زيادتها ونقصها تبعاً لحالته" . علما أنه بعد تعديل القانون بموجب قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م بقيت هذه المادة على حالها دون تعديل . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد رقم ٥٠٦١ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٠/١٧م ، ص ٥٨٠٩ .

بينة النشوز راجحة على بينة عدم النشوز ، فيكلّف الزوج مدعي النشوز الإثبات فإن أثبت حكم بالنشوز ، وإن عجز فينتقل عبء الإثبات للزوجة صاحبة البينة المرجوحة ، فإن أثبتت عدم نشوزها يسقط دفع النشوز ، وبالتالي يثبت استحقاقها للنفقة . أما إن عجزت عن الإثبات فيكتفى منها بحلفها اليمين على عدم النشوز فالقول قولها بيمينها .

وحيث أن ما سارت عليه المحكمة الابتدائية كان مخالفاً للنهج الذي قرره هذا القرار ، إضافة لما ذكر من خبرة الخبراء المخالفة للأصول وللمادة ست وخمسين من قانون العائلة المعمول به ذاك الوقت(١) ، والذي تم الاعتماد على هذه الخبرة في إصدار الحكم فقد قررت المحكمة الاستئنافية فسخ الحكم المعترض عليه ، وكذلك حكم النفقة الأصلي . وإعادة الدعويين لمصدرهما للسير بهما ، وإجراء الإيجاب الشرعي .

---

(١) . الجريدة الرسمية عدد ٧٦٤ ، الصادر بتاريخ ١٩٤٣/٤/١ ، ص ٧٨ . حيث نصت المادة ٥٦ من قانون العائلة رقم ٩٢ لسنة ١٩٥١ م على أن : "تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسرا او عسرا ، ويجوز زيادتها ونقصها تبعا لحالته أو تبدل الأسعار ، وتلزم النفقة إما بتراضي الزوجين على قدر معين أو بحكم القاضي . وتسقط نفقة المدة التي سبقت التراضي أو الطلب من القاضي" .

المطلب الثالث : في وصف الخبراء بما يجيز الاعتماد على خبرتهم ، القرار رقم (١٩٤٠٣)[1] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٧٧/٤/٢٦م ، بعد أن استأنف المدعى عليه حكم المحكمة الابتدائية الصادر في دعوى طلب نفقة زوجة ، حيث حكمت المحكمة الابتدائية المدعى عليه بمبلغ عشرة دنانير أردنية شهرياً نفقة لزوجته المدعية "المستأنف عليها" ولسائر لوازمها الشرعية . ولوجود اختلاف في ما تعتمده هذه المحكمة من قرارات استئنافية صادرة في ذات الموضوع صدر هذا القرار .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية المدعى عليه حكما غيابيا بالصورة الوجاهية بمبلغ عشرة دنانير أردنية شهرياً نفقة لزوجته المدعية ولسائر لوازمها الشرعية . وذلك اعتباراً من تاريخ طلبها النفقة الواقع في ١٩٧٦/٨/٨م . حيث أقامت حكمها على الدعوى والطلب ، وثبوت دفع المدعية أنها غير أمينة على نفسها عند زوجها ، والذي دفعت به دفع زوجها المدعى عليه حين دفع أنها ناشز لا تستحق النفقة ، وعلى خبرة الخبراء الذين لم تصفهم بخلوهم عن الغرض ، ولم تصفهم أنهم موثوقون وأمناء في خبرتهم .

- مضمون القرار .

بتبصر المحكمة الاستئنافية بما صدر عنها من قرارات في ذات هذا الشأن وجدت الآتي :

- وجد القرار رقم (١٤١٣٩)[2] ، والذي كان فاسخاً لحكم المحكمة الابتدائية بسبب عدم وصفه للخبراء أنهم خالون عن الغرض .
- بينما تبين أن القرار رقم (١٦٢٨٠)[3] جاء مصدقاً لحكم المحكمة الابتدائية مع أن المحكمة الابتدائية لم تصف الخبراء بخلوهم عن الغرض والمصلحة أو أنهم ثقات أمناء عدول ، بل اكتفت بقولها أنهم عارفون لطرفي الدعوى . فصدقت حكمها مع لفت النظر لها بضرورة إيراد هذا الوصف مستقبلاً للخبراء وإلحاقه بهم بما يجيز الاعتماد عليهم ، فصدقت المحكمة الاستئنافية هذا الحكم الابتدائي معللة سبب تصديقها

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٣٩ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢١ ، ج ١ .
(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٧ .

على أن اعتماد المحكمة الابتدائية على إخبار الخبراء ، وأخذها به يتضمن ضمنا الثقة بهم والاطمئنان لإخبارهم .

وبناءً على ما سبق وكما ظهر من وجود قرارين استئنافيين يخالف كل واحد منهما الآخر ، فقد انعقدت هيئة هذا القرار الخماسية لترجح كفة أحد الاتجاهين على الآخر ليكون نهجاً متبعاً وطريقاً تحذو حذوه المحاكم الابتدائية .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين الآتي :

١. نصت المادة ٤١٤ من مجلة الأحكام العدلية على أن : "أجر المثل هو الأجرة التي قدرتها أهل الخبرة السالمين عن الغرض" . حيث يقول العلامة حيدر في شرحه لهذه المادة أنه يشترط ألا يكون للخبير غرض ، ليصح الأخذ بقوله ، والعمل برأيه[١] . حيث اشترط الفقهاء في الخبير أن يكون من أهل العدالة ، أي من أهل الاستقامة . والعدل أصله ضد الجور[٢] ، وحقيقته التسوية بين الأمرين أو الخصمين ، وترك الميل إلى أحدهما[٣] ، ذلك أن عمل الخبير من جنس عمل القضاة ، ويعتمد على قوله ، وخبرته ملزمة بحكم الحاكم ، فوجب كونه عدلاً أميناً[٤] .

٢. نصت المادة الخامسة والثمانين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م على أنه : "يجوز رد أهل الخبرة إذا كان الخبير ممن لا تقبل شهادته شرعاً لأحد الخصوم"[٥] . على اعتبار أن الخبرة هي من قبيل شهادة الاستكشاف[٦] ، حيث نصت المادة ١٦٨٩ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : "لا

---

(١) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٧٧ . وفي البحث المنشور في جامعة النجاح الفلسطينية يوصي جمال الكيلاني المحاكم أن تتحرى العدالة والأمانة لمن تنتخبهم للقيام بمهمة المعاينة والخبرة ، وذلك في بحثه المنشور في مجلة جامعة النجاح . انظر : الكيلاني ، جمال (٢٠٠٢م) ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) ، **الإثبات بالخبرة والمعاينة في الفقه والقانون** ، العدد ١٦ (١) ، نابلس ــ فلسطين . هكذا ورد اسم المجلة ، ورقمها .

(٢) . الكفوي ، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية** ، مصدر سابق ، ص ٦٣٩ .

(٣) . السمناني ، أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي (١٤٠٤هــ/١٩٨٤م) ، **روضة القضاة وطريق النجاة** ، الطبعة الثانية ، ج ١ ، ص ٢٠٤ ، دار الفرقان ، عمان ــ الأردن .

(٤) . شنيور ، عبد الناصر محمد (١٤٢٥هــ/٢٠٠٥م) ، **الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة** ، الطبعة الأولى ، ص ٦٦ ، ٦٧ ، دار النفائس ، عمان ــ الأردن . وانظر أيضا : ابن عابدين ، **تكملة رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٣٩٩ . وانظر أيضا : الماوردي ، **الحاوي الكبير** ، مصدر سابق ، ج ١٧ ، ١٥٦ .

(٥) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

(٦) . داود ، **القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٢٧٢ .

يشترط لفظ الشهادة في الإفادات الواقعة لمجرد استكشاف الحال كاستشهاد أهل الخبرة فإنها ليست بشهادة شرعية، وإنما هي من قبيل الإخبار"[١] .

فتفيد المادة الخامسة والثمانون المذكورة أنه يجوز رد الخبرة إذا كان الخبير ممن لا تقبل شهادته شرعا ، ومن أسباب عدم قبول شهادة الشاهد ألا يكون عدلاً ، والله تبارك وتعالى يقول : ((وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ ۚ))[٢] . حيث اشترط الفقهاء في الشاهد أن يكون من أهل العدالة[٣] .

٣. وردت النصوص الفقهية أنه في معرفة المماثلة بين الصيد وبين النعم عند قتل الصيد في الإحرام يرجع فيه إلى عدلين من أهل المعرفة والخبرة[٤] . طبقا لقوله تعالى : ((يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ))[٥] .

٤. اشتُرط في الخبير بأن يكون عدلاً في عدة مواضع ، كتقدير دية وأرش العبد ، وكذلك معرفة مرض الموت من غيره ، والآثار التي تترتب على ذلك ، وتنازع البائع والمشتري في قيمة المبيع ، وغير ذلك من المسائل المتعددة . كما بين ذلك الإمام التسولي[٦] وغيره . وكما جاء في كتاب الأم قوله : "وحد ما يتغابن الناس بمثله

([١]) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٣٤١ .

([٢]) . (الطلاق : ٢) .

([٣]) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٣٥٩ . وانظر أيضا : الرافعي ، **التحرير المختار لرد المحتار** المعروف بتفريدات الرافعي على حاشية ابن عابدين ، ج ٢ ، ص ٢١٠ . وانظر أيضا : ابن فرحون ، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ١٨٠ ، ١٨١ . وانظر أيضا : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٢٦٨ . وانظر أيضا : المرغيناني ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١١٨ . وانظر أيضا : المقدسي ، **العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني** ، مصدر سابق ، ص ٥٨٨ ــ ٥٩٥ .

([٤]) . النووي ، **المجموع شرح المهذب** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ٤٢٣ . وانظر أيضا : ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) ، **الكافي** ، الطبعة الأولى ، ج ١ ، ص ٥٠١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٤٦٥ . وانظر أيضا : ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح أبو إسحاق (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) ، **المبدع في شرح المقنع** ، الطبعة الأولى ، ج ٣ ، ص ١٧٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : ابن قدامة المقدسي ، **الشرح الكبير على متن المقنع** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ٣٥٢ . وانظر أيضا : ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي (١٣٨٨هـ/١٩٦٨م) ، **المغني** ، بلا رقم طبعة ، ج ٣ ، ٤٤٣ ، مكتبة القاهرة ، القاهرة ــ مصر . وانظر أيضا : السلمان ، عبد العزيز المحمد (١٤١٣هـ) ، **الأسئلة والأجوبة الفقهية** ، الطبعة الحادية عشرة ، ج ٢ ، ٢٧٩ ، بلا اسم دار نشر ، بلا مكان نشر .

([٥]) . (المائدة : ٩٥) .

([٦]) . هو أبو الحسن ، علي بن عبد السلام بن علي ، فقيه من علماء المالكية ، تسولي الأصل والمولد . يلقب بمديدش . نشأ بفاس . وولي القضاء بها ، ثم بتطوان . توفي بفاس سنة ١٤٨٢ هـ . له من التصانيف شرح مختصر الشيخ بهرام في الفقه ، والبهجة في شرح تحفة الحكام لابن عاصم ، وحاشية على شرح التاودي

يتفاوت تفاوتا شديدا فيما يرتفع وينخفض ويخص ويعم فيدعى رجلان عدلان من أهل البصر بتلك السلعة المبيعة"[١] .

٥. يقول الدكتور مفلح القضاة أن أسباب رد الخبير تقوم على فكرة واحدة ، وهي وجود مصلحة له في الدعوى . أو قيام شك في حيدته[٢] . كما علق الدكتور نصر فريد واصل في حديثه عن الخبراء قائلاً : "وللخبير أن يستمع إلى أقوال الخصوم وأقوال شهودهم إن احتاج إلى ذلك في أداء مهمته سواء كان ذلك من نفسه أو بطلب من الخصوم ، ويشترط في جميع الأحوال أن يكون الخبير عدلاً . هذا وإن الاستعانة بخبرة الخبراء لا تعدو أن تكون شهادة منهم فيما يتعلق بخبرتهم في الأمور في حدود ما طلب منهم ــ وأضاف ــ ولهذا وجب أن تتوفر في الخبير العدالة"[٣] . حيث إنه يجوز للخصوم أن يطلبوا رد الخبير إذا وجدت أسباب قوية تدعو لذلك ، فإن كانت الخبرة باطلة لا يجوز للقاضي أن يعتمد الخبرة باعتبارها شهادة ، فيجوز رد الخبير إذا وجدت بينه وبين طرف الدعوى عداوة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز. وإن من لم يشترط العدالة في الخبير رأى وجوب تحليفه اليمين الشرعية على أداء مهمته بصدق وأمانة[٤] .

للامية الزقاق . انظر : الزركلي ، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ .

(١) . المواق ، **التاج والإكليل لمختصر خليل** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٣٨٩ . وانظر أيضا : الشافعي ، **الأم** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٩٦ . كما جاء في الكافي في حديثه عن تقدير الدية والأرش للعبيد قوله : "ولا يقبل التقويم إلا من عدلين من أهل الخبرة بقيم العبيد ، كما في تقويم سائر المتلفات" . انظر : ابن قدامة المقدسي ، **الكافي** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٥ . وفي الشرح الكبير لابن قدامة في حديثه عن معرفة مرض الموت والآثار المرتبة عليه أنه وما أشكل من ذلك رجع فيه إلى قول عدلين من الأطباء لأنهم أهل الخبرة بذلك . انظر : ابن قدامة المقدسي ، **الشرح الكبير على متن المقنع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ٢٩٠ . وانظر أيضا : ابن حجر الهيتمي ، أحمد بن محمد بن علي (١٣٥٧ هــ/١٩٨٣م) ، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج** ، بلا رقم طبعة ، ج ٤ ، ص ٤٣٣ ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر . وانظر أيضا : التسولي ، أبو الحسن علي بن عبد السلام بن علي (١٤١٨ هــ/١٩٩٨م) ، **البهجة في شرح التحفة** ، الطبعة الأولى ، ج ٢ ، ص ١٦٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

(٢) . القضاة ، مفلح (بلا تاريخ طبعة) ، **الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لقانون الإثبات الإتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢م لدولة الإمارات العربية المتحدة "دراسة مقارنة"** ، بلا رقم طبعة ، ص ٤١١ ، مطبعة بن دسمال ، دبي ــ الإمارات . وبالنسبة للجملة الأخيرة "أو قيام شك في حيدته" فقد وردت هكذا في المصدر ، مع العلم أنه تم مراجعة قائمة تصويب الخطأ في نهاية المرجع ، فلم تكن الكلمة الأخيرة من ضمنها .

(٣) . واصل ، نصر فريد (١٤٢٢هــ/٢٠٠٢م) ، **نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي** ، الطبعة الأولى ، ص ١٦١ ، ١٦٢ ، دار الشروق ، مصر ــ القاهرة .

(٤) . فودة ، عبد الحكيم (١٩٩٧م) ، **موسوعة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى سنة ١٩٥٥م** ، الطبعة الأولى ، ج ٣ ، ص ١١٨٨ ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ــ مصر . وانظر أيضا : عبد المطلب ، إيهاب (٢٠٠٩م) ، **أدلة الإثبات وأوجه بطلانها في ضوء الفقه والقضاء** ، الطبعة الأولى ، ص ١٧٠ ــ ١٧٢ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة

٦. اشتُرِطَ في القسّام[١] أن تتوفر فيه شروط العدالة ، كونه حاكماً مؤتمناً . واشترط فيه قلة الطمع ونزاهة النفس ، حتى لا يرتشي . إضافة إلى علمه بالحساب والمساحة ، لأنه عامل بهما[٢] . وحيث أن عمل الخبير قائم على التحري عن حال المدعى عليه المادية ، ومعرفة مدخولاته ومصروفاته ، ليقوم بتقدير النفقة المستحقة التي طلب تقديرها منه ، وإن كانت خبرته موافقة للأصول يصار لاعتمادها . فلعله يصح قياسه على القسّام ، واشتراط توفر شرط العدالة ونزاهة النفس فيه ، إضافة لعلمه ودرايته بعمله المكلف به .

٧. إن اختلف أهل المعرفة ، وضُرِب مثل بالدور والأبنية ، فإنه يصار للأخذ بأعدل البينتين ممن له بصر بعيوب الدار[٣] . فيظهر اعتبار العدالة في الخبراء .

- ولما وجد الخبراء لمساعدة القاضي في استظهار أمور فنية ليست بإمكانه إظهارها لوحده وصعوبة إلمامه بجميع نواحي ومجالات الحياة كافة ، إضافة لرغبة القضاة في الإعراض عن أداء مهمة الخبراء وتقدير النفقات والأجور ، حتى يكون بعيداً عن القيل والقال ، وعن الاتهامات ومواضع الشك ، وحتى يلقي بالعاتق على الخبراء[٤] . فكان لا بد له من أن يتوخى العدالة والأمانة والصدق فيمن ينتخبهم من أهل الإخبار والمعرفة ، وأن يراعي خلوهم عن المصلحة والغرض .

- ملخص القرار .

ــ مصر . وانظر ايضا : العبودي ، عباس (٢٠٠٧م) ، **شرح أحكام قانون البينات دراسة مقارنة معززة بآخر التعديلات التشريعية والمبادئ القانونية** ، الطبعة الأولى / الإصدار الثالث ، ص ٢٣٤ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن . وهذا موافق لما جاء في البهجة في شرح التحفة في فصل العيوب . انظر : التسولي ، **البهجة في شرح التحفة** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١٦٥ .

(١) . القسام اسم فاعل من الفعل قسم يقسم فهو قاسم ، والقسم يدل على تجزئة الشيء . انظر ، ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، مصدر سابق ، ص ٨٨٧ . وانظر أيضا : مجمع اللغة العربية ، **المعجم الوسيط** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ٧٦٣ . وعرف الجرجاني القسمة بأنها : تمييز الحقوق وفرز الأنصباء . انظر : الجرجاني ، علي بن محمد (١٣٠٦هــ) ، **التعريفات** ، الطبعة الأولى ، باب القاف ، ص ٧٥ ، المطبعة الخيرية ، القاهرة ــ مصر . وانظر أيضا : القونوي ، قاسم بن عبد الله بن أمير علي الرومي (١٤٢٤ هــ/ ٢٠٠٤م) ، **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء** ، بلا رقم طبعة ، ص ١٠١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان .

(٢) . الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري (١٣٩٢هــ/١٩٧٢م) ، **أدب القاضي** ، تحقيق يحيى هلال السرحان ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ١٧٣ ، مطبعة العاني ، بغداد ــ العراق . وانظر أيضا : داماد أفندي ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ٤٨٩ . وانظر أيضا : الزيلعي ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٥ ، ص ٢٦٥ .

(٣) . ابن فرحون ، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٧٩ ، ٨٠ .

(٤) . العبودي ، عباس (٢٠٠٥م) ، **أحكام قانون الإثبات الأردني** ، الطبعة الأولى / الإصدار الثاني ، ص ٣٢٦ ، دار الثقافة ، عمان ــ الأردن .

اعتمدت هذه المحكمة الاستئنافية ما كان قد أوجده القرار رقم (١٤١٣٩) بضرورة وصف الخبراء في إخبارهم وصفاً يجيز معه قبول خبرتهم واعتمادها ، كوصفهم بأنهم ثقات عدول أمناء ، أو أنهم خالون عن الغرض والمصلحة[1] . وحيث كان حكم المحكمة الابتدائية مغايراً لهذا المبدأ فقد تقرر فسخ حكم المحكمة الابتدائية ، وإعادة الدعوى لمصدرها للسير وفق هذا المقتضى ، وإجراء الإيجاب الشرعي .

- **المبحث الخامس : رد القاضي ، ومرور الزمن ، والاستئناف .**

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : في مصادرة التأمين المقدم على طلب رد القاضي عند عدم نظر الطلب استئنافا ، القرار رقم (٣٨٨٧٢) .

المطلب الثاني : مرور الزمن .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في سقوط الحق للتقادم بعد إقرار المدعى عليه وقبول قول الأمين في براءة ذمته ، القرار رقم (١٠٩٣٦) .

الفرع الثاني : في قبول الطعن بالتخارج بعد مرور سنة عليه ، القرار رقم (٣٦٦٠٣) .

الفرع الثالث : في رد الدعوى للتقادم مع وجود المانع الأدبي بقيام الزوجية ، القرار رقم (٣٨٧٣٠) .

المطلب الثالث : الاستئناف .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في خضوع دعوى فسخ عقد الزواج بسبب الإكراه للاستئناف بعد الحكم بردها ، القرار رقم (١٨٩٠٣) .

الفرع الثاني : في خضوع الأحكام الصادرة لمصلحة القاصرين وفاقدي الأهلية للاستئناف ، القرار رقم (٢٠٠٨٥) .

---

(1) . الظاهر ، **إجراءات دعوى نفقة الزوجة على ضوء القوانين المعمول بها واجتهادات محكمة الاستئناف الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ٢٢ . وانظر أيضا : داود ، **القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٢٣٢ .

الفرع الثالث : في إصرار المحكمة الابتدائية على حكمها المفسوخ استئنافا ، القرار رقم (٢٠٢٤٦) .

المطلب الأول : في مصادرة التأمين المقدم على طلب رد القاضي عند عدم نظر الطلب استئنافا ، القرار رقم(٣٨٨٧٢)[1] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٩٥/٥/٢٢م من خلال الاستئناف المقدم من المدعى عليهما في دعوى طلب فسخ عقد زواج لوقوعه أثناء العدة الشرعية للزوجة ، والذي طلبا فيه رد القاضي الذي ينظر الدعوى معللين سبب طلبهما أن القاضي الذي ينظر الدعوى قد أبدى رأيه فيها بجلسة المحاكمة المحددة بتاريخ ١٩٩٥/٤/١١م ، وكرر ذلك في جلسات لاحقة . وقد صدر هذا القرار من خمسة أعضاء من محكمة استئناف عمان الشرعية أحدهم منتدب .

- مضمون القرار .

تضمن قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م وسائل تضمن حياد القاضي ، وعدم انحيازه لأي من طرف الدعوى ، فنص في مواده من ١٢٥ وحتى ١٢٩[2] على طلب رد القاضي لأسباب بينها في مواده ، حتى يطمئن كل من طرفي الدعوى لمن يقوم بالفصل في أمرهما والحكم بينهما[1] .

---

(1) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٣٨ . ويلاحظ اتباع منهج عرض القرارات الخماسية بالحديث بداية بشكل موجز عن القرار ، ثم عن حكم المحكمة الابتدائية ، ثم الحديث عن مضمون القرار الخماسي . إلا أنه هذا القرار لم يحو حكما أو قرارا لمحكمة ابتدائية ، بل جاء الاستئناف بناء على الطلب المقدم لرد فضيلة القاضي الذي ينظر القضية المطلوب رده عنها ، للأسباب التي سيأتي ذكرها في القرار علما أن ما أوجده قانون أصول المحاكمات الشرعية من وجود مبدأ "رد القاضي" ما هو إلا تجسيد لضمانات نزاهة القضاء عند الحاجة إلى استخدامه . إلا أنه وخوفا من استعمال هذا الحق استخداما تعسفيا فقد أوجد المشرع نظام دفع رسم مبلغ مالي يسمى تأمينا ــ وهو مسترد حال ثبوت أحقيته في طلبه ــ والذي يقدم لطلب رد القاضي حتى يثبت أنه جاد في طلبه .

(2) . نصت المادة ١٢٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على :" يحق لكل من المدعي والمدعى عليه أن يقدم إلى رئيس محكمة الاستئناف الشرعية استدعاء على نسختين يطلب فيه تنحية القاضي من رؤية الدعوى لأي سبب من الأسباب التالية : ١- أن يكون للقاضي منفعة مالية في الدعوى المقامة لديه رأساً أو بسببها . ٢- إذا كان القاضي من أصل أو فروع أحد الخصمين أو بينه وبين أحدهما قرابة أو مصاهرة من الدرجة الثانية أو الثالثة . ٣- أن يكون بين القاضي وبين أحد الخصمين عداوة ظاهرة. ٤- أن يكون للقاضي دعوى مع أحد الخصمين قبل إقامة الدعوى أمامه . ٥- إذا سبق أن أبدى القاضي رأيه في الدعوى بصفته قاضياً أو ممثلا للنيابة أو محكما أو وكيلا" . كما نصت المادة ١٢٦ منه على "يجب أن يشتمل استدعاء طلب الرد على أسبابه ووسائل إثباته وأن تربط به الأوراق المؤيدة لذلك ووصول يثبت أن طالب الرد أودع محكمة الاستئناف الشرعية أو إحدى المحاكم البدائية تأمينا قدره خمسة دنانير إن كان المطلوب رده قاضياً بدائيا وعشرة دنانير إن كان قاضيا استئنافيا ولو كان منتدبا" . كما نصت المادة ١٢٧ منه

ومن خلال هذا الحق المشروع قدم المستأنفان طلبهما برد القاضي الذي ينظر الدعوى عنها ، وذلك بتاريخ ١٩٩٥/٥/٦م مسببَين طلبهما أن القاضي أبدى رأيه في هذه الدعوى التي ينظرها في الجلسات الواقعة بتاريخ ١٩٩٥/٤/١١م ، وتاريخ ١٩٩٥/٤/٢٢م ، وتاريخ ١٩٩٥/٤/٢٩م . حيث أنه طلب من المستأنفين "المدعى عليهما" الانفصال عن بعضهما لأن العقد غير صحيح والمعاشرة الزوجية بينهما محرمة شرعاً . وحيث كانت قرارات المحكمة الاستئنافية على غير نهج واحد في مسألة مصادرة التأمين المقدم لطلب رد القاضي إن لم يثبت سبب طلب الرد ، وعليه فقد تشكلت هيئة هذا القرار لإصدار قرارها الخماسي . مع العلم أن هذا القرار صدر برأي الأكثرية حيث خالف أحد الأعضاء لرأي الأعضاء الباقين .

وبالتدقيق تجد المحكمة الاستئنافية أن طلب الرد مقدم خارج المدة القانونية التي نصت عليها المادة ١٢٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، والتي تنص على أنه : "يشترط أن يقدم طلب الرد قبل الدخول في الدعوى إن كان الطلب من المدعي ، وقبل الدخول في المحاكمة إن كان من المدعى عليه ما لم يكن سبب الرد ناشئاً عن حادث طرأ بعد الدخول في الدعوى أو المحاكمة . فيشترط عندئذ لقبول طلب الرد أن يقدم في أول جلسة تلي هذا الحادث ، ولطالب الرد أن يسحب طلبه في أي وقت قبل الدخول في موضوع طلب الرد من قبل محكمة الاستئناف ، وحينئذ يحق للمحكمة أن تأمر بمصادرة نصف التأمين المقرر في المادة

على "١ – يبلغ رئيس محكمة الاستئناف الشرعية صورة الاستدعاء إلى القاضي المطلوب رده وعند ورود الجواب في الميعاد الذي حدده له الرئيس تقرر محكمة الاستئناف دون حضور الفرقاء والقاضي المطلوب رده ما تراه بشأن هذا الجواب تدقيقاً. ٢– وإذا ظهر لمحكمة الاستئناف أن الأسباب المبينة في الاستدعاء تصلح للرد قانونا أو لم يجب القاضي على الاستدعاء في الموعد المعين تحدد محكمة الاستئناف موعداً للنظر في الطلب بحضور الطرفين دون اشتراك القاضي المطلوب رده وتفصل فيه وفق الأصول. ٣– إذا ثبت للمحكمة وجود سبب من أسباب الرد تقرر تنحية القاضي عن النظر في الدعوى والكتابة إلى قاضي القضاة لانتداب أحد القضاة للنظر فيها. ٤– إذا لم يثبت شيء من ذلك بعد الدخول في موضوع الدعوى تقرر المحكمة رد الطلب ومصادرة التأمين وقيده إيرادا للخزينة وإعلام قاضي القضاة بذلك" . كما نصت المادة ١٢٨ منه على "يشترط أن يقدم طلب الرد قبل الدخول في الدعوى إن كان الطلب من المدعي وقبل الدخول في المحاكمة أن كان من المدعى عليه ما لم يكن سبب الرد ناشئاً عن حادث طرأ بعد الدخول في الدعوى أو المحاكمة فيشترط عندئذ لقبول طلب الرد أن يقدم في أول جلسة تلي هذا الحادث ولطالب الرد أن يسحب طلبه في أي وقت قبل الدخول في موضوع طلب الرد من قبل محكمة الاستئناف وحينئذ يحق للمحكمة أن تأمر بمصادرة نصف التأمين المقرر في المادة ١٢٦ من هذا القانون" . كما نصت المادة ١٢٩ منه على " عند حدوث أو وجود احد الأسباب الخمسة المذكورة في المادة ١٢٥ من هذا القانون يترتب على القاضي أن يمتنع عن حضور جلسات الدعوى والحكم بها ولو لم يطلب احد الفرقاء رده وحينئذ يخبر قاضي القضاة بذلك بعد تدوينه في محضر خاص وعلى قاضي القضاة إحالته لمحكمة الاستئناف وإذا كان المتنحي هو رئيس محكمة الاستئناف الشرعية يخبر بذلك قاضي القضاة على هذه الصفة أيضا فإذا رأت محكمة الاستئناف الشرعية أن السبب الذي استند أليه القاضي لا يستوجب ذلك قررت أن يعود إلى نظر القضية وإلا أيدت تنحيته على الوجه المبين في الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧" . انظر : الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١.

([1]) . أبو البصل ، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، مصدر سابق ، ص ٥٥ ، ٥٦ . وانظر أيضا : القضاة ، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي** ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ .

١٢٦ من هذا القانون[١] " فكما ورد في طلب الرد فإن فضيلة القاضي قد أبدى رأيه في هذه الدعوى بصفته قاضياً ، وهذا موافق للمادة ١٢٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م في قولها : ""يحق لكل من المدعي والمدعى عليه أن يقدم إلى رئيس محكمة الاستئناف الشرعية استدعاء على نسختين يطلب فيه تنحية القاضي من رؤية الدعوى لأي سبب من الأسباب التالية ــ وكان من ضمن هذه الأسباب ــ إذا سبق أن أبدى القاضي رأيه في الدعوى بصفته قاضياً ..."[٢] . وإن إبداء رأي القاضي بداية كان بتاريخ ١٩٩٥/٤/١١م ، وتلتها الجلسة الواقعة بتاريخ ١٩٩٥/٤/٢٢م ، ولم يتم تقديم طلب الرد بعدهما . بل تم تقديمه بعد الجلسة الواقعة بتاريخ ١٩٩٥/٤/٢٩م . وبالتالي كانت المدة القانونية التي نصت عليها المادة ١٢٨ المذكورة منتهية . وعليه كان الاستئناف مقدماً بعد فوات المدة القانونية ، وأصبح رده شكلا حرياً بالاتباع ، وهو ما قررته المحكمة الاستئنافية برد الاستئناف شكلاً دون الدخول في موضوع الرد .

وبالتدقيق أيضاً وجدت المحكمة الاستئنافية أنه قد صدر عنها قرارات استئنافية تختلف فيما توجهت إليه بالنسبة لموضوع مصادرة التأمين المقدم في طلب رد القاضي إن لم يثبت سبب طلب الرد ، والتي نصت عليه المادة ١٢٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٩٥م ونصها : "إذا ثبت للمحكمة وجود سبب من أسباب الرد تقرر تنحية القاضي عن النظر في الدعوى ... وإذا لم يثبت شيء من ذلك بعد الدخول في موضوع الدعوى تقرر المحكمة رد الطلب ، ومصادرة التأمين وقيده إيرادا للخزينة ، وإعلام قاضي القضاة بذلك"[٣] .

وبتدقيق المحكمة الاستئنافية ما يخص هذا القرار تبين لها ما يلي :

([١]) . نصت المادة ١٢٦ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على أنه : "يجب أن يشتمل استدعاء طلب الرد على أسبابه ووسائل إثباته ، وأن تربط به الأوراق المؤيدة لذلك ، ووصول يثبت أن طالب الرد أودع محكمة الاستئناف الشرعية ــ هكذا ورد نص المادة ــ أو إحدى المحاكم البدائية تأمينا قدره خمسة دنانير إن كان المطلوب رده قاضياً بدائياً وعشرة دنانير إن كان قاضياً استئنافياً ولو كان منتدبا" .

([٢]) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ . حيث نصت المادة ١٢٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على : " يحق لكل من المدعي والمدعى عليه أن يقدم إلى رئيس محكمة الاستئناف الشرعية استدعاء على نسختين يطلب فيه تنحية القاضي من رؤية الدعوى لأي سبب من الأسباب التالية : ١- أن يكون للقاضي منفعة مالية في الدعوى المقامة لديه رأساً أو بسببها . ٢- إذا كان القاضي من أصل أو فروع أحد الخصمين ، أو بينه وبين أحدهما قرابة أو مصاهرة من الدرجة الثانية أو الثالثة . ٣- أن يكون بين القاضي وبين أحد الخصمين عداوة ظاهرة . ٤ - أن يكون للقاضي دعوى مع أحد الخصمين قبل إقامة الدعوى أمامه . ٥- إذا سبق أن أبدى القاضي رأيه في الدعوى بصفته قاضياً أو ممثلا للنيابة أو محكما أو وكيلا" .

([٣]) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

- ذهبت القرارات الصادرة عن هذه المحكمة برقم (١٩٤٩٤)[١] ، ورقم (٢٥٠١٦)[٢] ، ورقم (٢٩٢٣٩)[٣] ، إلى أنه عند رد الاستئناف المقدم بطلب رد القاضي شكلاً ، لفوات المدة القانونية المسموح بها لقبول الاستئناف فإن التأمين المقدم على حساب هذا الطلب يعاد لمقدمه لأنه لم يتم الدخول بالدعوى ، ولم يعرف هل كان محقاً بطلبه الرد أم لم يكن محقاً فيه . وهو ما نصت عليه المادة ١٢٧ المذكورة .
- بينما ذهبت القرارات الصادرة عن هذه المحكمة برقم (٨١٨٦)[٤] ، ورقم (٩٠٤١)[٥] ، ورقم (٢٩٥١٢)[٦] إلى أنه عند رد الاستئناف المقدم بطلب رد القاضي شكلاً ، لفوات المدة القانونية المسموح بها لقبول الاستئناف فيصادر التأمين المقدم على حساب هذا الطلب ، ويقيد إيرادا للخزينة العامة .

وحيث لم يرد نص قانوني صريح لمثل هذه الحالة ، وبيان وجوب مصادرة التأمين من عدمه عند رد الاستئناف شكلاً . وعليه وبناء على ما سبق ، وتوحيداً للعمل القضائي ، وبياناً للنهج الصحيح الواجب السير عليه واعتماده ، وبعد انعقاد الهيئة الخماسية وبحثها والمداولة فيما بينها ذهبت أكثرية أعضاء القرار إلى أنه عند رد الاستئناف شكلا قبل الدخول فيه موضوعا ، والمقدم بطلب رد قاضي وتنحيته عن نظر قضية ينظرها ، فإنه يصار إلى مصادرة التأمين ، وإعلام سماحة قاضي القضاة بذلك ، وإعادة القضية لمصدرها[٧] .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط الآتية :

١. إن الحكمة التشريعية في سن هذه المادة من إيداع التأمين المنصوص عليه في المادة ١٢٦ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م ، ونصها : " يجب أن يشتمل استدعاء طلب الرد على أسبابه ووسائل إثباته ، وأن تربط به الأوراق المؤيدة لذلك ، ووصول يثبت أن طالب الرد أودع محكمة الاستئناف الشرعية ــ هكذا ورد نص المادة ــ أو إحدى المحاكم البدائية تأميناً قدره خمسة دنانير إن كان المطلوب رده قاضياً بدائياً ، وعشرة دنانير إن كان قاضياً استئنافياً ، ولو كان

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٤٠ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٦٨ .
(٣) السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٦ .
(٤) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٣ .
(٥) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٦ .
(٦) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٨ .
(٧) . كان على القرار أن يصرح بإيداع مقدار التأمين في الخزينة العامة تمشيا مع نص المادة ١٢٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م .

منتدباً"[١] . هو أن يكون طالب الرد جاداً في طلبه واثقاً من صحته وسلامة أسبابه ، ولكي لا يكون طلب الرد ذريعة لعرقلة سير العدالة ، وتأخير البت والفصل في الدعوى وإصدار القرارات فيها ، مما في ذلك من إطالة لأمد التقاضي ، وعرقلة سير العملية القضائية ، الأمر الذي يؤدي لتأخير حصول صاحب الحق على حقه . وكذلك منعا من التشهير بالقضاة . ويؤيد هذا أيضا ما نصت عليه المادة ١٢٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م من أنه "لطالب الرد أن يسحب طلبه في أي وقت قبل الدخول في موضوع طلب الرد من قبل محكمة الاستئناف ، وحينئذٍ يحق للمحكمة أن تأمر بمصادرة نصف التأمين المقرر في المادة ١٢٦ من هذا القانون"[٢] فبين النص أنه يصار لمصادرة نصف رسم التأمين مع العلم أنه لم يبحث في الدعوى بعد ، ولم يتم الدخول فيها .

٢. إن العمل بغير هذا الفهم تنتفي معه الحكمة التشريعية من إيداع التأمين المذكور ، ويكون فرصة متاحة ومبرراً سهلاً أمام الراغبين بتعطيل سير القضاء ، وإلحاق الأذى بالغير بتأخير الفصل في القضية من خلال رفع الدعوى للمحكمة الاستئنافية وانتظارها لحين عودتها منها بعد فصللها بطلب الرد ، وما يستغرق ذلك من وقت طويل مع وجود كم كبير من القضايا التي ترد للمحكمة الاستئنافية يومياً . بتقديم طلب رد القاضي الذي ينظر دعواهم ، ودفعهم مبلغ الدنانير الخمسة لكل قاض ابتدائي لا يوافق حكمه هواهم ومبتغاهم ، جاعلين هذا "الحق" ديدناً لهم في كل قاض يعود وينظر قضيتهم . معطلين بذلك سير القضاء والعدالة ، متعسفين في هذا الحق باستخدامه فيما غير ما شرع له .

٣. إضافةً لما قد يستخدمه طالب الرد من التشهير بالقاضي ، وإلحاق الأذى به وكذلك ادعائه ما ليس به بقصد الإضرار به وتشويه سمعته[٣] . وذلك باستخدام هذا الحق الذي أوجده المشرع لصاحب المظلمة ليتمكن من رفع المظلمة عن نفسه استخداماً مغايراً للمقصد الذي وجد له ، بالتذرع بهذه الوسيلة لتحقيق مبتغاه وما تصبو إليه نفسه بغية تحقيق مقاصد خفية لا توافق الشرع ، بأن يتعسف بهذا الحق في غير ما

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .
(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .
(٣) . وحتى لا يستخدم هذا الحق المتاح في هذه المادة كماء عكر يتصيد به صاحب الخلق الذميم ، باستخدام هذا الحق في غير ما شرع له قاصدا فيه الإضرار بالقاضي الذي يطلب رده وإلحاق الأذى به والتشهير بسمعته .

شرع ، وأوجد له[1] . وبالتالي متى وجدت القرائن على وجود القصد بالإضرار ، وإلحاق الأذى بالتذرع في استعمال هذا الحق وممارسته ، فكان للمشرع أن يزيل هذا الضرر ، ويمنعه بمصادرة التأمين الذي دفع للطلب المقدم بالرد . وهذا موافق لما نصت عليه النظرية التي أوجدتها الشريعة الإسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق[2] .

- مضمون قرار المخالفة .

ذهب عضو هذه الهيئة إلى وجوب رد الاستئناف المقدم بطلب رد القاضي عن نظر القضية المستأنف فيها معللاً سبب الرد بفوات المدة القانونية التي أجازها القانون لمثل هذا الطلب موافقا بذلك لما ذهبت إليه أكثرية أعضاء القرار . أما فحوى المخالفة فكانت حول ما يدور عليه القرار وما أنشئ من أجله من مصادرة التأمين المقدم على طلب الرد من عدمه ، فقد رأى العضو المخالف وجوب إعادة التأمين لصاحبه مستندا بذلك على المادة ١٢٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م في قولها : "إذا ثبت للمحكمة وجود سبب من أسباب الرد تقرر تنحية القاضي عن النظر في الدعوى ... وإذا لم يثبت شيء من ذلك بعد الدخول في موضوع الدعوى تقرر المحكمة رد الطلب ، ومصادرة التأمين وقيده إيراداً للخزينة ، وإعلام قاضي القضاة بذلك"[3] . مفسراً أن هذه المادة بيّنت متى يصار لمصادرة التأمين ، بأنها اشترطت شرطين حتى تتم المصادرة . الأول : أن يكون ذلك بعد الدخول بالدعوى . والثاني : بعد عدم ثبوت شيء من أسباب الرد .

ويرى أنه حيث لم يتم الدخول في الدعوى والنظر فيها استئنافا ، وبالتالي لم يتبين مدى ثبوت سبب طلب الرد المقدم من عدمه . فإنه يكون حرياً في مثل هذه الحالة إعادة التأمين المقدم لصاحبه ، لانتفاء حصول الشرطين التي أوجدتهما المادة ١٢٧ المذكورة .

٤. إن الناظر لمقدار قيمة التأمين المنصوص عليه في المادة ١٢٦ من قانون أصول المحاكمات المذكورة في بيانها أن قيمة التأمين المودع لطلب الرد قدره خمسة دنانير إن كان المطلوب رده قاضياً بدائياً ، وعشرة دنانير إن كان قاضياً استئنافياً ، ولو كان

---

(1) . الدريني ، **نظرية التعسف في استعمال الحق** ، مصدر سابق ، ص ٩١ .
(2) . المرجع السابق ، ص ١٧٠ ، ١٧١ .
(3) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

منتدباً . فإنه يقف متعجباً من قلة هذا المبلغ وبساطته في وقتنا الحالي مقارنة بعظم الأمر المقدم له وجلله . خاصة إذا ما قارنا هذا المبلغ بالرسوم والمصاريف الأخرى .

- فإن ما يفرضه القاضي في وقتنا الحالي من أجرة للخبير الذي ينتخب لتقدير النفقات والأجور ، قد تصل هذه الأجرة إلى خمسة أضعاف مبلغ التأمين هذا وربما أكثر . بل إن المبلغ الزهيد التي يدفع كرسم لإقامة الدعوى يصل في كثير من الدعاوى إلى أضعاف المبلغ المودع كتأمين على طلب رد القاضي .

٥. إنه عند سن القانون والعمل به في عام ١٩٥٩م فقد كان مبلغ التأمين المذكور مبلغاً محترماً ذا قيمة كبيرة تساوي الطلب المقدم فيه ، ولا يقدم عليه إلا صاحب الحاجة الواثق من حاجته ، والمتيقن من استرجاعه لتأمينه الذي دفعه . حيث أوجبت المادة ١٥٩ من قانون المرافعات المدنية المصري رقم ثمانية عشر لسنة ١٩٩٩م[١] على طالب الرد أن يضع كفالة بقيمة ثلاثمائة جنيه مصري على طلبه ، وفي حال الحكم برد القاضي يسترد صاحب الطلب قيمة كفالته . أما إذا رفض طلب الرد فيحكم على صاحب الطلب بغرامة لا تقل عن مائتي جينه ولا تزيد عن ألفي جنيه ، بالإضافة لمصادرة الكفالة المقدمة والتي سبق إيداعها[٢] .

٦. من غير المعقول أن يبقى هذا المبلغ على حاله مع تغير قيمته وزهد ثمنه في الوقت الحالي ، بتغير الحياة المعيشية وتغير الأسعار والأثمان ، وما طرأ عليها من زيادة كبيرة . فما المانع إذن من تعديل هذا المادة ليصبح مبلغ التأمين المقدم لطلب رد القاضي يتناسب مع قيمة الطلب المضمن فيه ، ومقدار العطل والضرر الذي قد يلحق من خلاله ، خاصة إذا ما علمنا أنه تأمين مسترد إن كان طالب الرد محقاً بطلبه ، وثبت ما فيه من طلب . الأمر الذي ينعكس إيجاباً على واقع القضاء بمنع أصحاب الذمم الفاسدة من تحين الفرص محاولين الإضرار والتشهير بالقضاة أصحاب الفضيلة مستخدمين هذا الحق إن لم يوافق قرار القاضي هواهم ومبتغاهم ، وذلك بأن تصبح قيمة التأمين على قدر طلب الرد . فلا يتقدم لهذا الطلب إلا الجاد في طلبه المتأكد من

---

(١) . نصت المادة ١٥٩ من قانون المرافعات المدنية المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م على أن : "تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه على طالب الرد بغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على ألفي جنيه ومصادرة الكفالة ، وفي حالة ما إذا كان الرد مبنيا على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ من هذا القانون ـــ ونصها إذا كانت بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل ـــ يجوز إبلاغ الغرامة إلى ثلاثة آلاف جنيه" .

(٢) . شريف ، عادل محمد جبر أحمد (٢٠١١م) ، **حماية القاضي وضمانات نزاهته دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية** ، بلا رقم طبعة ، ص ٣٢٥ ـــ ٣٢٧ ، دار الكتب القانونية ، الغربية ـــ مصر .

مدى صحته وقوة أسبابه . وكذلك بمنع فتح باب طلب رد القضاة على مصراعيه ، أو وضع الضوابط اللازمة في تنظيم هذا الحق واستخدامه . قبل أن نقول أن للقاضي أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه .

- ملخص القرار .

عند رد الاستئناف المقدم بطلب رد قاضي وتنحيته عن نظر قضية ينظرها برد الاستئناف شكلا قبل الدخول فيه موضوعا ، فإنه يصار إلى مصادرة التأمين ، وإعلام سماحة قاضي القضاة بذلك ، وإعادة الدعوى لمصدرها .

المطلب الثاني : مرور الزمن .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في سقوط الحق للتقادم بعد إقرار المدعى عليه وقبول قول الأمين في براءة ذمته ، القرار رقم (١٠٩٣٦) .

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : سقوط التقادم المانع من سماع الدعوى بالإقرار .

المسألة الثانية : قبول قول الأمين في براءة ذمته .

الفرع الثاني : في قبول الطعن بالتخارج بعد مرور سنة عليه ، القرار رقم (٣٦٦٠٣) .

الفرع الثالث : في رد الدعوى للتقادم مع وجود المانع الأدبي بقيام الزوجية ، القرار رقم (٣٨٧٣٠) .

الفرع الأول : في سقوط الحق للتقادم بعد إقرار المدعى عليه وقبول قول الأمين في براءة ذمته ، القرار رقم (١٠٩٣٦) .

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : سقوط التقادم المانع من سماع الدعوى بالإقرار .

المسألة الثانية : قبول قول الأمين في براءة ذمته .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٦٠/٦/٢٧م ، بعد أن استأنفت المدعية حكم المحكمة الابتدائية القاضي برد دعواها لمرور الزمن ، والتي كانت قد

أقامتها بمواجهة المدعى عليه الذي كان وكيلها بالعقد والقبض في عقد زواجها من زوجها ، والذي جرى في عام ١٩٥٤م ، وطالبته في هذه الدعوى بمبلغ مائة وسبعين ديناراً أردنياً باقي مهرها المعجل المسجل لها في عقد زواجها . وحيث لم تتفق هذه المحكمة الاستئنافية في قراراتها التي أصدرتها بموضوع هذا القرار ، فقد اقتضت الحاجة لانعقاد هيئة خماسية لتوضح ما تطمئن إليه المحكمة الاستئنافية وتميل إليه ، ليكون نهجاً واضحاً تتبعه المحاكم الابتدائية وتسير عليه . مع العلم أنه تم انتداب أحد القضاة ليكمل الهيئة الخماسية .

- حكم المحكمة الابتدائية .

تشكل هذا القرار الاستئنافي من خلال حكم محكمة نابلس الابتدائية[1] ، والتي أصدرته برد دعوى المدعية التي تطالب فيها المدعى عليه بمبلغ مائة وسبعين ديناراً أردنياً باقي مهرها المعجل المسجل لها في عقد زواجها الجاري بتاريخ ١٩٤٥/٣/٢٥م ، حيث أنه لم يدفع لها من مهرها المعجل والذي أقر بقبضه سوى خمسة وخمسين ديناراً أردنياً ، حيث جاء الحكم بالرد بناء على دفع المدعى عليه الذي دفع به دعوى المدعية لمرور الزمن ، فأصدرت المحكمة الابتدائية حكمها بتاريخ ١٩٦٠/٣/١٥م .

- مضمون القرار الخماسي .

المسألة الأولى : سقوط التقادم المانع من سماع الدعوى بالإقرار .

بمراجعة القرارات السابقة والصادرة عن هذه المحكمة في نفس ذات الموضوع تبين لها ما يلي :

- إن القرار رقم (٥٦٨٧)[2] جاء مصدقاً لحكم المحكمة الابتدائية في فهمها للمادة ١٦٧٤ من المجلة ، ونصها : "لا يسقط الحق بتقادم الزمن . بناء عليه إذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي بأن للمدعي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن بالوجه الذي ادعاه المدعي ، فلا يُعتبر مرور الزمن ، ويُحكم

([1]) . كان معمولا بذاك الوقت نظام محكمة الاستئناف الشرعية رقم "٣" لسنة ١٩٥١م ، والذي نصت المادة الثانية منه على أن تؤلف محكمة استئناف واحدة ، ويكون مركزها في مدينة عمان ، وتقوم بنظر الدعاوى المستأنفة ، والطعون الواردة على الدعاوى الصادرة عن جميع المحاكم الشرعية الابتدائية ، كما نصت على أنه يجوز انعقادها حين الإيجاب في مدينة القدس . انظر المطلب الأول من الفصل التمهيدي لهذه الأطروحة . وانظر أيضا : الجريدة الرسمية ، العدد ١٠٨٣ الصادر بتاريخ ١٩٥١/٨/١٨ م ، ص ١٣٠٥ .

([2]) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١ .

وبموجب[١] إقرار المدعى عليه . وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضور القاضي ، وادعى المدعي بكونه أقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الأصلية كذلك لا تسمع دعوى الإقرار ، ولكن الإقرار الذي ادُعي أنه كان قد رُبط بسند حاو لخط المدعى عليه المعروف سابقاً أو ختمه ، ولم يوجد مرور الزمن من تاريخ السند إلى وقت الدعوى تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة"[٢] . بأن إقرار المدعى عليه ، واعترافه صراحة في حضور الحاكم بأن حق المدعي عنده في الحال يمنع من دعوى مرور الزمن ، وأن قوله في الحال قيد احترازي ، احترز به عن الإقرار بوجود الحق في الزمن الماضي ، كما ذهب إلى ذلك العلامة باز في شرحه للمجلة[٣] .

- بينما ذهب القرار رقم (٩٦٧٧)[٤] إلى أن القيد "في الحال" المنصوص عليه في المادة ١٦٧٤ المذكورة ليس قيداً احترازياً ، حيث ورد في شرح هذه المادة في درر الحكام أنه إن ذكر عبارة "في الحال" الواردة في المادة المذكورة هو لكونها وردت في فتاوى مشايخ الإسلام ، ولا يقصد بها الاحتراز من الإقرار بأن للمدعي حقاً عنده في الماضي . فلذلك لو ادعى المدعى عليه بأن المال المدعى به كان قبل ثلاثين سنة للمدعي أو لمورثه ، وأنه اشتراه منه . فيكون قد أقر بحق المدعي ، فلذلك إذا لم يُثبت المدعى عليه الشراء ، وحلف المدعي اليمين عند تكليفه للحلف يسلم المدعى به للمدعي . لأن من أقر بشيء لغيره أخذ بإقراره[٥] .

وعليه وبعد أن تشكلت الهيئة الخماسية ، واستعرضت القرارين السابقين ، وبإمعانها النظر والتمحيص فيما يتعلق بهذه الجزئية ، وحيث حوت المادة في قولها "ولكن الإقرار الذي ادُعي أنه كان قد رُبط بسند حاو لخط المدعى عليه المعروف سابقاً أو ختمه ، ولم يوجد مرور الزمن من تاريخ السند إلى وقت الدعوى تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة" . فقد رأت أن القيد الموجود في المادة التي يقع عليها مدار الحديث ليس قيداً احترازياً ، وإلا كان صدرُ المادة منافياً لآخرها . والواقع أن بداية المادة في قولها : "لا يسقط الحق بتقادم الزمن" متفقة مع نهايتها تمام الاتفاق .

---

(١) . هكذا ورد نص المادة .
(٢) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٣٣٧ .
(٣) . باز ، **شرح المجلة** ، مصدر سابق ، ص ٨٥٢ .
(٤) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٧ .
(٥) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٨٠ .

- بالاطلاع وبالبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين لها إن نصوص الفقهاء جاءت صريحة في أن مطلق الإقرار يكون قاطعاً لمرور زمن التقادم الذي يمنع معه سماع الدعوى . حيث ورد في تكملة رد المحتار ما نصه : "ثم اعلم أن عدم سماع الدعوى بعد مضي ثلاثين سنة(١) ، أو بعد الاطلاع على التصرف ليس مبنياً على بطلان الحق في ذلك ، وإنما هو مجرد منع للقضاة عن سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه ، حتى لو أقر به الخصم يلزمه"(٢) .

وبناء عليه فإن هذه المحكمة الاستئنافية ترى أن الفهم الصحيح ، والعمل الواجب اتباعه هو أن القيد المذكور في المادة ١٦٧٤ من مجلة الأحكام العدلية في عبارة "في الحال" الواردة في المادة المذكورة ليس قيداً احترازياً . وبذلك فإن إقرار المدعى عليه بما يُطالب به يعتبر قاطعاً للمدة التي تمنع سماع الدعوى ، فإقراره لا يسقط معه الحق بمرور الزمن .

وحيث إن ما اتجهت إليه المحكمة الابتدائية من رد للدعوى فهو مخالف للفهم الذي تراه هذه الهيئة بأعضائها الخمسة . ولذلك فإن حكمها يكون غير صحيح ، فيجب فسخه ورد الدعوى لمصدرها لاتباع هذا الفهم وإجراء الايجاب .

المسألة الثانية : قبول قول الأمين في براءة ذمته .

بما أن المدعى عليه في هذه الدعوى هو وكيل المدعية في عقد زواجها بالعقد والقبض ، وبما أن الوكيل بالقبض كالمودع ، كما نصت على ذلك المادة ١٤٦٣ من مجلة الأحكام العدلية بقولها : "المال الذي قبضه الوكيل بالبيع والشراء وإيفاء الدين واستيفائه وقبض العين من جهة الوكالة في حكم الوديعة في يده ، فإذا تلف بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان ، والمال الذي في يد الرسول من جهة الرسالة أيضا في حكم الوديعة"(٣) . حيث جاء في شرحها في الدرر ، وغيره : "يلزم الوكيل الضمان في الخصوصات التي يلزم الضمان فيها الوديع ،

---

(١) . وهذا في الدعاوى التي تحتمل هذه المدة . انظر المواد من ١٥١ وحتى ١٦١ من كتاب مرشد الحيران . قدري باشا ، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان** ، مصدر سابق ، ص ٣٤ ــ ٣٦ . وانظر أيضا المواد من ١٦٦٠ حتى ١٦٧٥ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) . ابن عابدين ، **تكملة رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٤٧ . وانظر أيضا : عبد الدايم ، حسني محمود (٢٠٠٩م) ، **التقادم وإسقاطه للحقوق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري** ، الطبعة الأولى ، ص ٣٥٨ ، ٣٥٩ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ــ مصر .

(٣) . لجنة من العلماء ، **مجلة الأحكام العدلية** ، مصدر سابق ، ص ٢٨٤ .

ويبرأ الوكيل من الضمان أيضا في الخصوصات التي برئ فيها المستودع[١] . والقول قوله في دفع الضمان عن نفسه ، فالمال الذي قبضه الوكيل بالبيع والشراء وإيفاء الدين واستيفاء وقبض العين ودفعه من جهة الوكالة في حكم الوديعة في يده وعليه فإذا كان موجوداً عيناً فيلزم تسليمه عيناً إلى موكله . وإلا فليس للوكيل الموكل بقبض الدين أن يحبس ما قبضه مما له في ذمة المدين . كذلك إذا تلف المال الذي قبضه الوكيل في يده ، أو في يد أمينهِ بلا تعد ولا تقصير ، أو طرأ على قيمته نقصان فلا يلزم الضمان . أما إذا تلف بالتعدي أو التقصير فيكون ضامناً . حتى أنه إذا تلف بعد أن امتنع الوكيل عن إعطائه للموكل بطلبه إياه منه يضمن"[٢] .

وحيث أن المدعى عليه ادعى أنه دفع للمدعية المبلغ المدعى به ، وأظهر استعداده لحلف اليمين الشرعية على نفي دعوى المدعية ، فرأت المحكمة الاستئنافية أنه كان على المحكمة الابتدائية أن تفهم المدعية أن لها الحق بتحليف المدعى عليه اليمين الشرعية . فإن طلبت تحليفه اليمين ، فتحلفه المحكمة الابتدائية على دفع المبلغ إليها ، فإذا حلف ردت دعوى المدعية ، وإن لم يحلف ونكل عنها ألزم بالمبلغ المدعى به .

- ملخص القرار .

إقرار المدعى عليه بالدين الذي يُطالب به يعتبر قاطعا للمدة التي تمنع سماع الدعوى ، فإقراره لا يسقط معه الحق بمرور الزمن .

وبناء على ما سبق وحيث لم تفعل المحكمة الابتدائية ما تراه هذه المحكمة الاستئنافية فقد قررت هذه المحكمة الاستئنافية فسخ الحكم الابتدائي ، وإعادة الدعوى لمصدرها لاتباع هذا التوجيه ، وإجراء الايجاب .

---

(١) . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، مصدر سابق ، ج ٧ ، ص ١٤١ . وانظر أيضا : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، مصدر سابق ، ج ٦ ، ص ٣٤ .

(٢) . حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٥٨٢ .

المطلب الثاني : في قبول الطعن بالتخارج بعد مرور سنة عليه ، القرار رقم (٣٦٦٠٣)[١] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٩٣/١٢/٢١م جراء استئناف المدعين لحكم المحكمة الابتدائية التي ردت دعواهم لمرور الزمن ، والتي كانوا قد طالبوا فيها بإبطال حجة تخارج صادرة بتاريخ ١٩٩٠/١٠/٢٧م[٢] ، ولما رأته المحكمة الاستئنافية من الحاجة بالعدول عن مبدأ كانت تتبعه سابقا في قراراتها فقد صدر هذا القرار .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية برد دعوى إبطال حجة تخارج أقامها المدعون بتاريخ ١٩٩٢/١٠/٢٠م ، والتي طلبوا فيها إبطال حجة تخارج صادرة بتاريخ ١٩٩٣/١٢/٢١م . معللة سبب الرد على تقادم الزمن ومرور سنة على حجة التخارج المطلوب إبطالها سنداً للمادة ٤٩٣ من القانون المدني رقم أربعة وثلاثين لسنة ١٩٧٦م ونصها : "لا تسمع الدعوى بفسخ العقد أو إنقاص الثمن أو تكملته إذا انقضت سنة على تسليم المبيع" . وأن تسليم المبيع يكون بتسجيله باسم المشتري . كما نصت بذلك المادة ٤٩٧ من القانون المدني نفسه ، حيث نصت على أنه "يتم التسليم حكماً بتسجيل المبيع باسم المشتري عندما تُعلِّق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمي" . على اعتبار أن التخارج هو عقد بيع خاص بين الورثة .

- مضمون القرار الخماسي .

بعد البحث في القرارات الاستئنافية الصادرة عن هذه المحكمة في هذا الموضوع تبين أن القرارات الاستئنافية ذوات الأرقام (٢٤٨٩٦)[٣] ، و(٢٧٠٧٩)[٤] ، و(٢٨١٧٢)[٥] اعتبرت أن مدة مرور الزمن المانع من سماع الدعوى على عقد البيع وتسليم المبيع هي سنة واحدة ، وأن التخارج هو نوع منه وهو خاص بين الورثة . فإذا انقضت السنة لا تسمع دعوى الطعن

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٢٩ .

(٢) . تلخص سبب الادعاء في بطلان حجة التخارج هو بقيام وكيل عن أحد الورثة بالتخارج عما يخص موكله بموجب وكالته عنه . وذلك بعد وفاة موكله . حيث طلبت جهة الادعاء إبطال الوكالة لأن الوكالة التي تمت بموجبها حجة التخارج أصبحت منتهية ، وغير معمول بها بعد وفاة الموكل .

(٣) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٦٧ .

(٤) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٧٧ .

(٥) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٨٢ .

بالتخارج معتمدة بذلك على المادة ٤٩٣ المذكورة ، فإذا ما مضت سنة على تسجيل تخارج لدى المحكمة الشرعية فإن هذه السنة تكون مانعة من الاعتراض على هذا التخارج وطلب إبطاله .

وبعد إمعان النظر في المادة ٤٩٣ المذكورة والمواد الأخرى المتعلقة بهذه الجزئية ، والتحقق من مضمونها . تبين أنه قد يكون للمادة ٤٩٣ من القانون المدني المذكور مدلولاً آخر يمكن فهمه منها ، وهذا ما يتبين بعد النظر في المادة ٤٩٢[١] وهي السابقة للمادة ٤٩٣ المذكورة ، حيث يتضح أن ما أتى به النص فيها مخصص لما ورد في عموم المادة ٤٩٣ من عدم سماع الدعوى بالطعن بعقد البيع العقد بعد انقضاء السنة على تسليم المبيع ، فصحيح أن التخارج يطلق عليه بيع كما نصت على ذلك المادة ٥٣٩ من القانون المدني الأردني رقم ثلاثة وأربعين لسنة ١٩٧٦م بقولها : "يجوز للوارث بيع نصيبه في التركة بعد وفاة المورث لوارث آخر أو أكثر بعوض معلوم ، ولو لم تكن موجودات التركة معينة ويسمى هذا مخارجة"[٢]. إلا أن هذا البيع ليس بيعا للعين الموروثة ، وإنما هو بيع للحصص الإرثية الموروثة بموجب حجة حصر الإرث من وارث أو ورثة إلى وارث أو ورثة للمتوفى[٣] .

إضافة إلى وجود الفرق بين التخارج والبيع ، فمن هذه الفروق :

١- قد يكون التخارج صلحاً وقسمة بين الورثة ، لأن الوارث المتخارج قد لا يبيع نصيبه من التركة ، وإنما يأخذ شيئاً من التركة أو غيرها . وهو بذلك ليس بيعاً .

٢-كما أن الأصل في البيوع أن يعطي المشتري البائع الثمن المستحق لسلعته ، وهو عرفاً "ثمن المثل" ، أما في التخارج فقد يعطى الوارث المتخارج أقل من نصيبه

---

(١) . نصت المادة ٤٩٢ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م على أنه : "إذا عين في العقد مقدار المبيع ، وظهر فيه نقص أو زيادة ، ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية : ١ – إذا كان المبيع لا يضره التبعيض فالزيادة من حق البائع ، يستحق استردادها عينا ، والنقص من حسابه سواء أكان الثمن محددا لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع . ٢- إذا كان المبيع يضره التبعيض ، وكان الثمن محددا على أساس الوحدة القياسية ، فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه .٣- إذا كان المبيع مما يضره التبعيض ، وكان الثمن المسمى لمجموعه ، فالزيادة للمشتري ، والنقص لا يقابله شيء من الثمن . ٤- كلما كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما اشترى أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع ما لم يكن المقدار تافها . ولا يخل النقص في مقصود المشتري . ٥ – إذا تسلم المشتري المبيع مع علمه بانه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ المشار إليه في الفقرة السابقة" .

(٢) . الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢ .

(٣) . انظر القرار الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٢٥٢٢٢ . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٦٨ .

المستحق له في التركة أو كثر منه . لأن مبناه على الصلح ، وتحقيق المصالح للورثة[1] .

إضافة لما ذكرته المادة ٥٣٩ المذكورة ، في أن :

٣- التخارج لا يتم إلا بين وارثين أو أكثر ، فلو تم بين وارث وغير وارث ، فيسمى هذا حينئذ بيعاً .

٤- لا يتم التخارج إلا بعد وفاة المورث ، فلو كان قبل ذلك لكان بيعاً .

وأوضحت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن المادة ٤٩٣ وضعت لرعاية مصلحة المتخاصمين وأحالت على المادة الثامنة والخمسين من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أن التصرف على الرغبة منوط بالمصلحة . وفي شرحيها لحيدر وباز أن تصرفات الإمام في أمور رعيته يجب أن تكون مبنية على مصلحتهم[2] .

وبالتالي فإن مسألة مرور الزمن والتقادم في دعوى إبطال التخارج لبطلان العقد الجاري فيه لا تنطبق عليها المادة ٤٩٣ المذكورة . وإنما تكون خاضعةً للمبادئ العامة لمرور الزمن المانع لسماع الدعوى ، والمنصوص عليها في المادة ١٦٨ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م . حيث نصت على : "١- العقد الباطل ما ليس مشروعا بأصله ووصفه ، بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه ، والشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ، ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة . ٢ - ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[3] . ٣- لا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد"[4] .

- ملخص القرار .

الطعن بوثيقة التخارج بعد مرور مدة سنة على تنظيمها لا يكون مانعا من سماع الدعوى .

---

(1) . الغامدي ، ناصر بن محمد بن مشري (١٤٢٩هـ) ، **التخارج بين الورثة أحكامه وصوره في الفقه الإسلامي** ، بحث منشور في مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد رقم ٤٥ ، ص ١٩٧ .

(2) . باز ، **شرح المجلة** ، مصدر سابق ، ص ٣٧ . وانظر أيضا : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٥١ .

(3) . على اعتبار أن هذا المبدأ من النظام العام .

(4) . الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢ .

وبناء على هذا المبدأ الجديد الذي تم إقراره واعتماده ، وبناء على استناد المحكمة الابتدائية على المادة ٤٩٣ من القانون المدني الأردني في احتساب مدة سنة واحدة على تسجيل حجة التخارج ، وبالتالي مخالفتها لفهم المادة المذكورة وهذا المبدأ فقد تقرر فسخ حكمها وإعادة الدعوى إليها لإجراء الايجاب .

المطلب الثالث : في رد الدعوى للتقادم مع قيام الزوجية ، القرار رقم (٣٨٧٣٠)[١].

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٦/٤/١٩٩٥م من خلال الاستئناف المقدم من المدعية في دعوى طلب باقي مهر معجل ، والذي استأنفت فيه حكم المحكمة الابتدائية القاضي برد دعواها لمرور الزمن ، معللة طلبها بوجود المانع الأدبي وهو قيام الزوجية بينها وبين المدعى عليه . وحيث لم تتفق المحكمة الاستئنافية في قرارتها الصادرة بموضوع هذا القرار ، فقد اقتضت الحاجة لانعقاد هيئة خماسية لتوضح ما تطمئن إليه المحكمة الاستئنافية ، وليكون نهجاً واضحاً تتبعه المحاكم الابتدائية وتسير عليه . مع العلم أنه تم انتداب أحد القضاة لينضم لأعضاء الهيئة الخماسية .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية برد دعوى المدعية التي تطالب فيها بمبلغ مائتي دينار أردني ، والذي هو باقي مهرها المعجل والمسجل لها في قسمية عقد زواجها من المدعى عليه ، معللةً سبب الرد لتقادم الزمن ، حيث أنه جرى عقد زواجها من المدعى عليه بتاريخ ١٤/٧/١٩٧٢م وأنه مضى على عقد زواج الطرفين المتداعيين ما يقارب الاثنين والعشرين عاماً ، فأصدرت حكمها بتاريخ ٢١/١٢/١٩٩٤م .

- مضمون القرار الخماسي .

بمراجعة القرارات السابقة والصادرة عن هذه المحكمة في نفس الموضوع تبين الآتي :

- إن القرار رقم (٢١٥٥١)[٢] جاء مصدقاً لحكم المحكمة الابتدائية برد دعوى تدعيها المدعية ، وتطالب فيها بتوابع مهرها المسجل لها في قسيمة عقد زواجها من المدعى

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٣٨ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٥٠ .

عليه مسببة الرد على مرور الزمن ، ولم تعتبر قيام الزوجية عذراً شرعيا قاطعاً لمرور الزمن .

- في حين ذهب القرار الاستئنافي الصادر عن هذه المحكمة برقم (٣٣٠٧٣)[١] إلى تصديق حكم المحكمة الابتدائية ، والتي حكمت برد دفع مرور الزمن المقدم من المدعى عليه ، والذي دفع به الدعوى التي أقامتها زوجته تطالبه فيها بجهازها على اعتبار أن قيام الزوجية عذر مانع لسريان مرور الزمن على الحقوق المالية .
- إن القرار رقم (٣٧٤٢٠)[٢] جاء فاسخاً لحكم المحكمة الابتدائية ، والتي حكمت برد الدعوى التي تطالب فيه المدعية زوجها المدعى عليه بتوابع مهرها ، بانية سبب ردها على مرور الزمن أيضا ، فاعتبرت المحكمة الاستئنافية أن حكم هذه المحكمة غير صحيح ، مبينة أن قيام الزوجية يعتبر من الأعذار الشرعية المانعة لسريان مرور الزمن.

وكما يظهر من حصول عدم الاستقرار للوجهة القضائية الواحدة ، ومدى تعدد الآراء والاجتهادات القضائية في هذه المسألة . وتوحيداً للعمل القضائي ، وبيانا لما تراه هذه المحكمة الاستئنافية من اجتهاد . لتسير عليه المحاكم الشرعية الابتدائية وتطبّقه . فقد رأت هذه الهيئة الخماسية بعد إمعانها النظر ، وتدقيق ما يتعلق بهذا الموضوع أن المادة ٤٤٩ من القانون المدني الأردني رقم ثلاثة وأربعين لسنة ١٩٧٦م نصت على أنه : "لاينقضي الحق بمرور الزمان ، ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي ، مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة"[٣] .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق هذا القرار تبين ما يندرج في النقاط الآتية :

١. إن النص السابق يستند لفكرتي الصالح العام والصالح الخاص في الوقت ذاته ، فمراعاة لفكرة الصالح العام ومبناها تجنب نظر المنازعات التي مضى عليها زمن طويل لتعذر واستحالة الفصل فيها ، حيث أنه لا يجوز التنازل عن الدفع بالتقادم قبل ثبوت الحق فيه ، وفي المقابل يجوز التمسك بالتقادم في أية مرحلة كانت عليها

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٠٥ .
(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٣٤ .
(٣) . الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢ .

الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف(١) . استناداً لما نصت عليه المادة ٤٦٣ من القانون المدني المذكور(٢) . غير أنه ترتيباً على فكرة الصالح الخاص ، والتي مبناها قرينة الوفاء ، فإن التقادم لا يقع بقوة القانون ، بل يجب أن يتمسك به من له مصلحة فيه استناداً إلى أحكام المادة ٤٦٤ من القانون المدني المذكور(٣) .

٢. إن الحكمة التي تقف وراء تقرير التقادم الطويل هذا هي ضرورة استقرار المعاملات والحقوق بعد مدة طويلة من الزمن . فقد اعتبر المشرع أن مجرد مضي مدة طويلة على الحق دون مطالبة من قبل الدائن يعد سبباً كافياً بذاته لمنع سماع الدعوى به(٤) . حيث أن تخلف الدائن عن المطالبة بدون عذر يتضمن إقراراً بأنه قد استوفى حقه . الأمر الذي يجعل المدين في حل من أمره بأن يحافظ على أدلته وكل ما من شأنه أن يبرىء ذمته من عدم إهماله فلا يمكن إلزامه بالاحتفاظ بأدلته إلى ما لا نهاية(٥) . كما أن سكوته قد يكون إقراراً منه بعدم أحقيته في المطالبة بما يدعي ، أو أن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً .

٣. إن إثبات هذا الدفع بعد هذه المدة الطويلة قد لا يكون ميسوراً بسبب نسيان الشهود أو وفاتهم ، وحتى لا يكون هذا الادعاء ذريعة تستخدم بالتزوير والتحايل مع مرور الزمن ، وبخاصة بعد تفشي الأطماع بين جماعة من الناس(٦) . إضافة إلى أن السماح للأفراد بالمطالبة بما يدعوه ، ولو فات على الأمر آلاف السنين ، لترتب على ذلك

---

(١) . الجبوري ، ياسين محمد (٢٠٠٣م) ، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني** ، ج٢ ، ص ٦٤٧ ، الطبعة الأولى / الإصدار الأول ، الدار العلمية الدولية ، ودار الثقافة ، عمان ــ الأردن .

(٢) . نصت المادة ٤٦٣ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م على : "١- لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق في هذا الدفع ، كما لا يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون . ٢- وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو دلالة عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه على أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم" . انظر : الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢

(٣) . نصت المادة ٤٦٤ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م على أنه : "لا يجوز للمحكمة ان تقضي من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو ممن له مصلحة فيه من الخصوم" . انظر : الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢ .

(٤) . الجبوري ، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٦٤٨ .

(٥) . الجبوري ، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٦٤١ ، ٦٤٢ .

(٦) . ابن عابدين ، **تكملة رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٤٧ . وانظر أيضا : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٧٩ . وانظر أيضا : المكتب الفني لنقابة المحامين ، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٥٠٢ .

اضطراب لا نهاية له ، ولأحدث زعزعة في المراكز القانونية لا حد لها ، ولأوجد فوضى عارمة في النظام الاجتماعي[١] .

كما نصت المادة ٤٥٧ من نفس القانون المدني المذكور على : "١- يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق . ٢ - ولا تحسب مدة قيام العذر في المدة المقررة"[٢] . فيتبين من هذه المادة أنها جاءت معوّمة فلم تحدد الحالات التي توقف التقادم ، وإنما جاءت إشارة النص إلى تعذر المطالبة بالحق عند قيام العذر ، وهذا الوصف على العمومية ، بحيث يصعب معه وضع الأعذار تحت حصر معين ، خاصة إذا ما علمنا أن هذا القانون لم يحدد معنى العذر المطلوب[٣] ، وهنا ينبغي إعمال نص المادة ١٦٦٣ من مجلة الأحكام العدلية[٤] ، حيث نصت على أن : "مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى هو مرور الزمن الواقع بلا عذر فقط ، وأما مرور الزمن الحاصل بأحد الأعذار الشرعية ككون المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً سواء كان له وصي أو لم يكن له أو كونه في ديار أخرى مدة السفر أو كان خصمه من المتغلبة[٥] فلا اعتبار له ، فلذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن من تاريخ زوال واندفاع العذر ..." . وجاء في تكملة حاشية ابن عابدين أنه إن لم يطالب صاحب الحق في حقه بعد مرور المدة الزمنية المحددة للمطالبة بالحق الذي يدعيه ، ولم يمنعه من الدعوى مانع شرعي فإن دعواه لا تسمع[٦] .

وبناء على ما تقدم فإن العذر الشرعي الذي قضت به المادة ٤٥٧ المذكورة يمكن أن يشمل حالات عديدة ، هي : الصغر ، والحجر ، والغيبة ، وعلاقة الزوجية ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، وغير ذلك من الموانع التي يستحيل معها على الدائن المطالبة بحقه ، ويلاحظ أن العذر يتقرر لمصلحة من له مصلحة فيه . فهو الذي يستفيد من وقف مرور

---

(١) . عبد الدايم ، **التقادم وإسقاطه للحقوق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري** ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٢) . الجريدة الرسمية عدد ٢٦٤٥ ، الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١ ، ص ٢ .

(٣) . الجبوري ، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٦٦٩ .

(٤) . نصت الفقرة ١ من المادة ١٤٤٨ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م على أنه : " يلغى العمل بما يتعارض مع احكام هذا القانون من مجلة الاحكام العدلية" .

(٥) . جاء في درر الحكام في شرح المادة ١٦٦٣ أن التغلب : هو أن يكون المدعى عليه من المتغلبة ، فالمدة التي تمر في حالة التغلب سواء بلغت حد مرور الزمن أو لم تبلغ فلا تأثير لها على مرور الزمن ما دام ثبوت الحق كان في زمن التغلب . ومثال ذلك على بلوغ مدة مرور الزمن أنه إذا غصب أحد في حالة غلبه أغنام شخص آخر وامتد تغلبه خمس عشرة سنة ، وزال في السنة السادسة عشرة ، وادعى المدعي بعد مرور ثماني سنوات من تاريخ زوال التغلب فتسمع دعواه .

(٦) . ابن عابدين ، **تكملة رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٤٧ .

الزمان من سماع الدعوى[١] . كما نصت المادة ١٥٧ من مرشد الحيران على جواز سماع الدعوى بعد مرور مرة التقادم إن كان ترك الدعوى والطالبة فيها لعذر من الأعذار الشرعية[٢] .

٤. إن العلاقة الزوجية بين الدائن والمدين تعتبر عذراً شرعياً يؤدي لوقف التقادم ، ما دام الزوجان يعيشان سوية في وئام وانسجام . إذ أن هذا الوئام والانسجام الحاصل بين الزوجين قد يتغير عند مطالبة الدائن منهما لمدينه ، فقد تؤدي لإحلال الخلاف بينهما ، مما يعكر صفو الحياة الزوجية واستمراريتها بهدوء وطمأنينة ، وبالتالي هدم كيان الأسرة التي هي الركيزة الأولى والأساسية في المجتمع . فإن سريان التقادم يكون موقوفاً ما دامت الرابطة الزوجية قائمة بين الزوجين . وما إن انقضت الحياة الزوجية وانفضت بموت أو فسخ أو طلاق أو تفريق فإن سريان التقادم يعود من جديد[٣] . فإن العلاقة الزوجية تعتبر مانعاً أدبياً يمنع الدائن من الزوجين من مطالبة مدينه بدينه ، فإن العلاقة الوثيقة والميثاق الغليظ بين الزوجين يكون حائلاً بين صاحب الحق وبين مطالبته بحقه على ألا تحسب المدة التي تمضي أثناء قيام العذر " قيام الزوجية" في المدة المقررة لسماع الدعوى[٤] ، وإنما تحسب من تاريخ زوال العذر[٥] . كما ذكر .

٥. الواقع إن القول بمرور الزمن بشكل عام يستند على الاجتهاد القضائي والسياسة الشرعية التي يأمر بها الحاكم لمصلحة عامة ، فمع القول بأن رد القاضي للادعاء بالحق المقام أمامه بعد مضي خمس عشرة سنة عليه للعلة التي تم ذكرها ، فإن المدين

---

(١) . الجبوري ، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٦٦٩ ، ٦٧٠ .

(٢) . نصت المادة ١٥٧ من كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان على أنه : "إذا تركت الدعوى لعذر من الأعذار الشرعية في المدة المحددة ، كأن كان المدعي غائبا ، أو قاصرا ، أو مجنونا ، ولا ولي لهما ولا وصي . فلا مانع من سماع دعوى الملك ، والإرث ، أو الوقف ما لم يحضر الغائب ، ويبلغ الصبي ، ويفيق المجنون ، ويترك الدعوى بعد حضوره أو بلوغه أو إفاقته مدة تساوي المدة المحدودة" . انظر : قدري باشا ، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان** ، مصدر سابق ، المادة ١٥٧ ، ص ٢٥ .

(٣) . الجبوري ، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٦٧١ .

(٤) . ابن عابدين ، **تكملة رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٤٧ . فقال : "حيث منع السلطان عز نصره قضاته من سماع الدعوى بعض خمس عشرة سنة في الأملاك وثلاثين سنة في الأوقاف ، بل هو حكم اجتهادي نص عليه الفقهاء" .

(٥) . المكتب الفني لنقابة المحامين ، **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني** ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ .

يبقى مديناً ديانة أمام ربه عز وجل ، ولا يخلص من حق غرمائه ما لم يؤد دينه الذي عليه ، أو يرضي مدينه[1] .

- ملخص القرار .

تعتبر رابطة الزوجية مانعا أدبيا تتوقف معه مدة التقادم في مرور الزمن ، والذي تُمنع معه المطالبة بالديون للتقادم .

وعليه وحيث أن ما جاء به القرار رقم (٣٣٠٧٣) ، ورقم (٣٧٤٢٠) موافق لما يراه هذا القرار الخماسي فقد تقرر ترجيحهما ، والعمل بمضمونهما . وحيث أن المحكمة الابتدائية حكمت بخلاف هذا المبدأ فقد تقرر فسخ حكمها ، وإعادة الدعوى لمصدرها للسير وفق المقتضى ، وإجراء الايجاب .

---

(1) . ابن عابدين ، **تكملة رد المحتار على الدر المختار** ، مصدر سابق ، ج ١ ، ص ٣٤٧ . وانظر أيضا : حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٧٩ .

المطلب الثالث : الاستئناف .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في خضوع دعوى فسخ عقد الزواج بسبب الإكراه للاستئناف بعد الحكم بردها ، القرار رقم (١٨٩٠٣) .

الفرع الثاني : في خضوع الأحكام الصادرة لمصلحة القاصرين وفاقدي الأهلية للاستئناف ، القرار رقم (٢٠٠٨٥) .

الفرع الثالث : في إصرار المحكمة الابتدائية على حكمها المفسوخ استئنافا ، القرار رقم (٢٠٢٤٦) .

الفرع الأول : في خضوع دعوى فسخ عقد الزواج بسبب الإكراه للاستئناف بعد الحكم بردها ، القرار رقم (١٨٩٠٣) .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٧٦/٤/٢٩م بعد أن رفعت المحكمة الابتدائية دعوى فسخ عقد زواج للإكراه التي حكمت فيها . على اعتبار أن هذه الدعوى من الدعاوى التي تخضع للمادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م . ولرغبة هذه المحكمة الاستئنافية في العدول عن مبدأ سابق تتبعه في هذا الشأن . فقد اجتمعت هيئة هذا القرار ، والتي اشتملت على خمسة أعضاء كان أحدهم منتدباً .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية برد دعوى المدعية التي تطلب فيها فسخ عقد زواجها من المدعى عليه ، مدعية أن زواجها منها كان قد تم بالإكراه[١] ، فحكمت المحكمة الابتدائية بردها مسببة حكمها على عدم صحة الدعوى ، وعدم توفر الخصومة فيها .

- مضمون القرار الخماسي .

سبق لهذه المحكمة الاستئنافية أن أصدرت قرارها رقم (١٢١٦٧)[٢] ، والذي تضمن أن دعوى طلب فسخ عقد الزواج بسبب الإكراه تكون تابعة للاستئناف ، ويكون حكم المحكمة الابدائية برد الدعوى موقوفاً على تصديق حكم المحكمة الاستئنافية .

ولبيان النهج الواجب اتباعه والخطي عليه قدما ، وبعد إمعان النظر في المادة التي تنص على استئناف الدعاوى بحكم القانون ، وهي المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية المذكور ، لبيان مدى وجوب رفع دعوى طلب فسخ عقد الزواج للإكراه عند ردها من عدمه ، فقد ظهر نص المادة بأن "ترفع المحاكم البدائية إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على القاصرين ، وفاقدي الأهلية ، وعلى الوقف ، وبيت المال ، وأحكام فسخ النكاح ، والتفريق ، والطلاق ، والرضاع المانع للزوجية ، والإمهال للعنة ، والجنون ، وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى ، وأحكام الدية لتدقيقها . وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً من صدور الحكم ، ويشترط في ذلك أن لا يكون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المعينة ، وفصلت محكمة الاستئناف في موضوعها"[٣] .

وبمراجعة القانون المعمول به في ذاك الوقت وهو قانون حقوق العائلة وتعديلاته رقم اثنين وتسعين لسنة ١٩٥١م يتبين أن المادة الثامنة والعشرين منه نصت على أنه[٤] : "يكون النكاح فاسداً ، في الحالات التالية : ١- إذا كان الطرفان غير حائزين على شروط الأهلية حين العقد

---

(١) . أخذ القانون بمذهب الجمهور في إجازتهم التفريق بسبب الإكراه في عقد الزواج . انظر : برمو ، تيسير محمد (١٤٣٣هـ/٢٠١٢م) ، **أحكام الإكراه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون** ، الطبعة الأولى ، ص ٣٤١ ، دار النوادر ، دمشق ـ سورية .

(٢) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ١٤ .

(٣) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

(٤) . الجريدة الرسمية عدد ٧٦٤ ، الصادر بتاريخ ١٩٤٣/٤/١ ، ص ٧٨ . علما أن هذا القرار احتوى على أنه نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٨ ، ولم يحدد القانون الذي يحوي هذه المادة . أو أن اسم القانون سقط سهوا . إلا أنه بعد البحث الشديد تبين أن المقصود بالمادة ٢٨ هي المادة المرقومة في قانون حقوق العائلة وتعديلاته رقم ٩٢ لسنة ١٥٥١ ، والذي بقي معمولا به في المحاكم الشرعية الأردنية حتى عام ١٩٧٦م حينما حل محله قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م . والذي حل محله أيضا قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م .

. ٢ – النكاح الذي يعقد بلا شهود . ٣ – النكاح الذي يعقد بالإكراه . ٤ – إذا كان شهود العقد غير حائزين للأوصاف المطلوبة شرعاً . ٥ – نكاح إحدى المرأتين الممنوع الجمع بينهما بمقتضى المادة "١٣"[١] مع وجود الأولى في عصمة الزوج أو في عدته . ٦ – نكاح المتعة والنكاح المؤقت" .

وإن القانون في سرده للنقاط هذه التي تجعل حكم النكاح فاسداً ، فهو يبين الحكم الشرعي الواجب التطبيق ، فكما يظهر أن النكاح يكون فاسداً كما ذكرته الفقرة الثالثة أعلاه ، فإذا ادعت الزوجة إكراهها في عقد زواجها من المدعى عليه وطلبت فسخه لهذا السبب ، فإن أثبتت دعواها وحكمت المحكمة الابتدائية بفسخ عقد الزواج ، فإن هذه الدعوى تكون تابعة للاستئناف عملا بالمادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية المذكورة . وذلك حتى تمارس المحكمة الاستئنافية دورها كمحكمة موضوع ، فتقوم بتدقيق هذا الحكم ومدى سلامته وسلامة الاجراءات الحاصلة فيه . ذلك أن حكم المحكمة الابتدائية في مثل هذه الحالة يكون موقوف النفاذ على تصديقه استئنافاً ، سنداً للمادة ١٣٨ المذكورة .

- أضف لهذا أيضاً فإن المشرع في تقنينه لهذه المادة فإنه قد حرص على سلامة مثل هذه الأحكام المتعلق بها حق الله تبارك وتعالى ، وحتى تطمئن المحكمة الاستئنافية وأطرافها لموافقة هذه الأحكام للشرع[٢] . فكما هو معروف من أن الاستئناف هو حق أتاحه القانون لطرفي الدعوى ، فإن شاءا الاستفادة من هذا الحق فلهما ذلك ، وإن أرادا تركه والتنازل عنه فهما بالخيار أيضاً . إلا أن الأحكام المتعلقة بحق الله تعالى ، وإن لم يستأنفها الخصوم فإنه لا يملك أحد التنازل عن حق الله عز وجل[٣] .

أما في مثل هذه الدعوى بالادعاء بالإكراه في عقد الزواج ، والعجز عن الإثبات ، وبالتالي رد المحكمة لطلب فسخ عقد الزواج للإكراه . فإن الحالة هذه لا تنطبق على المادة ١٣٨ المذكورة ، والتي هي مدار موضوع القرار . لأن رد المحكمة الابتدائية لمثل هذا الطلب ، وسكوت المدعية وتنازلها عن حقها في استئناف حكم الرد يعتبر رجوعاً منها عن طلبها

---

(١) . نصت المادة ١٣ من قانون حقوق العائلة وتعديلاته رقم ٩٢ لسنة ١٩٥١م على أنه : "لا يجوز الجمع بين امرأتين بينهما حرمة النسب أو الرضاع ، بحيث لو فرضت واحدة منهما ذكرا لم يجز نكاحها من الآخر" . انظر : الجريدة الرسمية عدد ٧٦٤ ، الصادر بتاريخ ١٩٤٣/٤/١ ، ص ٧٨ .

(٢) . التكروري ، **الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية** ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .

(٣) . أبو البصل ، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، مصدر سابق ، ص ٢١٨ .

الفسخ ، وبالتالي تعلق حقها في هذه الدعوى ، فلا يكون حق الله عز وجل متعلقا برد الدعوى ، إلا بإصرار المدعية على طلبها ، وبرهانها عليه باستئناف حكم الرد .

- ملخص القرار .

الحكم برد دعوى طلب التفريق من قبل المحكمة الابتدائية لا يتوقف على تصديق المحكمة الاستئنافية .

وبناء على ما سبق وتبعاً لهذا المبدأ ، وحيث أنه لم يقم أي من طرفي الدعوى باستئناف حكم المحكمة الابتدائية هذا ، وبناء عليه فلا يخضع هذا الحكم لأي من الدعاوى التي نصت عليها المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وبالتالي قررت المحكمة الاستئنافية إعادة الدعوى لمصدرها دون إجراء .

الفرع الثاني : في خضوع الأحكام الصادرة لمصلحة القاصرين وفاقدي الأهلية للاستئناف ، القرار رقم (٢٠٠٨٥)[1] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٧٨/٥/٢٤م بعدما رفعت المحكمة الابتدائية دعوى طلب إثبات الرشد التي حكمت فيها على اعتبار أن هذه الدعوى تخضع للمادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م ، والتي سبق ذكرها في المطلب السابق ، والتي بينت الدعاوى التي ترفع لمحكمة الاستئناف حتى لو لم يستأنفها الخصوم[2] . ولما رأته هذه المحكمة الاستئنافية من الحاجة لإقرار مبدأ جديد بهذا الخصوص ، ولرغبتها في العدول عن مبدأ سابق كانت قد أوجدته في قراراتها كنهج متبع في هذا الشأن . فقد اجتمعت هيئة هذا القرار ، والتي اشتملت على خمسة أعضاء كان أحدهم مفتشاً للمحاكم تم انتدابه عضواً في هيئة الاستئناف لهذا القرار .

- حكم المحكمة الابتدائية .

---

(1) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٤٣.

(2) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ . حيث نصت المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م على : " ترفع المحاكم البدائية إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على القاصرين ، وفاقدي الأهلية ، وعلى الوقف ، وبيت المال ، وأحكام فسخ النكاح ، والتفريق ، والطلاق ، والرضاع المانع للزوجية ، والإمهال للعنة ، والجنون ، وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى ، وأحكام الدية لتدقيقها . وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً من صدور الحكم ، ويشترط في ذلك أن لا يكون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المعينة ، وفصلت محكمة الاستئناف في موضوعها"" .

أقام المدعي دعوى يطلب فيها إثبات رشده وخاصم فيها الوصي الشرعي عليه ، ومدير الأيتام بصفته واضعاً يده على أمواله ، وبعد ثبوت دعوى المدعي بتصادق الوصي الشرعي على أنه هو الوصي عليه ، وتصادق مدير الأيتام بأنه واضعٌ يده على أمواله ، ومصادقة الوصي على حجة الوصاية التي أبرزها المدعي وشهادة ميلاده الرسمية وثبوتها أيضاً بالبينة الشخصية التي اقتنعت المحكمة بها ، فحكمت المحكمة الابتدائية بثبوت رشد المدعي ورفع وصاية الوصي عنه ، وأذنت مدير الأيتام بتسليم مال المدعي إليه .

- مضمون القرار الخماسي .

بعد بحث المحكمة الاستئنافية لما صدر عنها من قرارات في هذا الموضوع عثرت على القرار رقم (١٨٦٦٧)[١] ، والذي كان قد تضمن أن الحكم بثبوت الرشد بحق المدعي يكون خاضعاً للاستئناف فاهماً هذا القرار أن الحكم بمثل هذا يكون تابعاً للمادة ١٣٨ المذكورة ، وخاضعاً لتدقيق محكمة الاستئناف الشرعية . وبناءً على هذا القرار قامت المحكمة الابتدائية برفع هذه الدعوى لهذه المحكمة الاستئنافية لتقوم بتدقيق دعوى إثبات الرشد هذه ، وممارستها لدورها كمحكمة موضوع في تدقيق الدعاوى المنصوص عليها في المادة ١٣٨ المذكورة .

إلا أنه وبتدقيق ما ورد نصه في هذه المادة من أن رفع الدعاوى إلى المحكمة الاستئنافية يكون للأحكام الصادرة على القاصرين ، وفاقدي الأهلية ... . فجاء النص فيها واضحاً من أن الدعاوى التي تخضع لتدقيق محكمة الاستئناف هي التي تكون صادرة بحق القاصرين وفاقدي الأهلية ، وتؤثر عليهم بالسلب ، وليس للأحكام الصادرة لهم وفي مصلحتهم .

- بالاطلاع والبحث فيما يتعلق بهذا القرار تبين ما يندرج في النقاط الآتية :

١. جاء في شرح ابن عقيل على الألفية في شرحه لمعنى "على" ما قوله :

على للاستعلا ومعنى في ، وعن　　　　بعن تجاوزا عنى من قد فطن

أي كلمة "على" تستعمل للاستعلاء كثيراً ، نحو قولنا : زيد على السطح[٢] .

([١]) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٣٦ .

([٢]) . الهمداني ، بهاء الدين عبد الله بن عقيل العقيلي (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) ، **شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك** ، بلا رقم طبعة ، ج ٢ ، ص ٢٤ ، ٢٥ ، المكتبة العصرية ، صيدا ــ لبنان .

وهو ما قاله أبو البقاء الكفوي أن كلمة على في اللغة تأتي لعلو الشأن وارتفاعه . وفي الشريعة : عبارة عن اللزوم والوجوب . وتفيد الاستعلاء حقيقة . نحو قوله تعالى : ((وَعَلَى ٱلْفُلْكِ تُحْمَلُونَ))[١] . وتفيد المجازية ، كقوله تعالى : ((فَضَّلْنَا بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ))[٢] ، ونحو قولنا : عليه دين[٣] .

٢. في حين أن اللام تأتي لتستعمل في الملك . نحو قوله تعالى : ((لِّلَّهِ مَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلْأَرْضِ))[٤] ، وقولنا : المال لزيد ، والتمليك كقولنا : وهبت لزيد[٥] .

ولكل ما تقدم فقد رأت هيئة هذا القرار أن تعدل عن الفهم السابق القاضي بأن الدعاوى التي تصدر في القاصرين وفاقدي الأهلية سواء أكان الحكم ضدهم أم لصالحهم ، فإنها تكون تابعةً لتصديق محكمة الاستئناف ، وموقوفة النفاذ على التصديق استئنافاً . ورأت أن ترسم طريقاً آخر لتتبعه المحاكم الابتدائية وتحذو حذوه وهو أن ما نصت عليه المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م من خضوع الدعاوى المتعلقة بالقاصرين وفاقدي الأهلية ، فالواجب رفعها للتدقيق استئنافاً إن كانت قد صدرت بحقهم وتؤثر عليهم وعلى مصلحتهم .

إضافة لهذا ، فإنه يوافق ما أوجده هذا المبدأ القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم (٨٢٦٢٣) حيث أيد أن القاصرين المحكوم لهم في دعوى تصحيح حجة حصر الإرث بما أنه قد زاد نصيبهم بالتصحيح فكان الحكم لهم ولصالحهم لا عليهم . فلم تشمله المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية . وإن ما ذكرته المحكمة الابتدائية من وقف الحكم على تصديق الاستئناف خطأ يقتضي التأشير بتصحيحه .

---

(١) . (المؤمنون : ٢٢) . وانظر أيضا : (غافر : ٨٠).
(٢) . (البقرة : ٢٥٣) . وانظر أيضا : (الإسراء : ٢١) .
(٣) . الكفوي ، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية** ، مصدر سابق ، ص ٦٢٨ . وانظر أيضا : الأفغاني ، سعيد بن محمد بن أحمد (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م) ، **الموجز في قواعد اللغة العربية** ، بلا رقم طبعة ، ص ٣٣١ ، دار الفكر ، بيروت ــ لبنان . وانظر أيضا : غلاييني ، مصطفى (١٤١٢هـ/١٩٩١م) ، **جامع الدروس العربية** ، الطبعة الخامسة والعشرون ، ج ٣ ، ص ١٧٧ ، ١٧٨ ، المكتبة العصرية ، صيدا ــ لبنان .
(٤) . (البقرة : ٢٨٤) .
(٥) . الجوجري ، شمس الدين محمد بن عبد المنعم بن محمد (١٤٢٣هـ/٢٠٠٤م) ، **شرح شذور الذهب في معرفة كلام العرب** ، تحقيق نواف الحارثي ، الطبعة الأولى ، ج ٢ ، ص ٥٥٠ وأيضا : ٥٨٧ ، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة ــ السعودية . وانظر أيضا : الكفوي ، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية** ، مصدر سابق ، ص ٧٨١ . وانظر أيضا : الهمداني ، **شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك** ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢١ . وانظر أيضا : غلاييني ، **جامع الدروس العربية** ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٨٣ .

- ملخص القرار .

الأحكام الصادرة لمصلحة القاصرين وفاقدي الأهلية لا تكون موقوفة النفاذ على تصديق محكمة الاستئناف ، بخلاف الأحكام الصادرة عليهم .

وحيث إن المحكمة الابتدائية قامت برفع دعواها هذه التي حكمت فيها بثوبت رشد القاصر ورفع الوصاية عنه ، وتسليم ماله إليه . وهذا كله حكم للقاصر وليس عليه . وعليه وبناء على المبدأ الذي أوجدته هذه المحكمة الاستئنافية في هذا القرار فقد قررت رد الاستئناف شكلا دون الدخول في إجراءاته موضوعا ، وإعادة الدعوى لمحكمتها .

الفرع الثالث : في إصرار المحكمة الابتدائية على حكمها المفسوخ استئنافاً ، القرار رقم (٢٠٢٤٦)[١] .

صدر هذا القرار عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ١٩٧٨/٧/٣٠م ، وذلك بعد أن استأنف الشخص الثالث[٢] حكم المحكمة الابتدائية في دعوى إثبات النسب ، ولوجود قرارات استئنافية سابقة في هذا الموضوع يعارض بعضها الآخر ، تشكلت هيئة هذا القرار الاستئنافية الخماسية ترجيحاً لمبدأ يتم الاعتماد عليه ويوحد العمل القضائي ، وبياناً لما تراه المحكمة الاستئنافية وتنتهجه في هذا السياق ، مع العلم أيضاً أن هيئة هذا القرار اشتملت على خمسة أعضاء كان أحدهم مفتشاً للمحاكم ، والذي تم انتدابه عضواً في هذه الهيئة سنداً للمادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية التي تم ذكرها سابقاً .

- حكم المحكمة الابتدائية .

حكمت المحكمة الابتدائية بثبوت نسب الصغير موضوع الدعوى المطلوب إثبات نسبه للمدعيين ، وأمرت المدعى عليها واضعة اليد على الصغير بتسليم الصغير موضوع الدعوى لهما ومنعها من معارضة المدعيين في ذلك ، وحكمت برد دعوى الشخص الثالث ، وعدم اعتبار أي شهادة ولادة للصغير المذكور بأي اسم آخر منسوب فيه لغير أبويه اللذين حكمت لهما بثبوت نسب الصغير المذكور لهما . مصرة على حكمها هذا أيضاً مرة ثانية بعدما تم فسخه من هذه المحكمة الاستئنافية ، والتي وجهت المحكمة الابتدائية لما عليها فعله ، وأن عليها تصحيح واتباع أسباب الفسخ .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٤٣ .
(٢) . يراجع معناه في المطلب الثاني من المبحث الرابع من هذا الفصل ، حيث سبق تعريفه هناك .

- مضمون القرار الخماسي .

حيث أصرت المحكمة الابتدائية على حكمها بعد فسخه استئنافاً ، وعليه وبعد مراجعة هذه الهيئة بأعضائها الخمسة للقرارات الاستئنافية الصادرة في هذا الموضوع ظهر لها الآتي :

- القرار رقم (١٥٤٣٠)[١] ، تضمن فسخ حكم المحكمة الابتدائية الثاني بعد إصرارها على حكمها الأول المفسوخ ، حيث أصرت المحكمة الابتدائية على حكمها الأول قبل تطبيق ما بينه القرار الفاسخ لحكمها . فبينت المحكمة الاستئنافية لزوم تطبيق قرار الفسخ أولاً عند إعادة السير في الدعوى بموجب قرار الفسخ وتوجيهاته ، وأن عليها أن تتبع ما نصت عليها الفقرة أ من المادة ١٤٩ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م ، حيث تنص المادة المذكورة بفقرتيها "أ" و "ب" على أنه : "إذا فسخ الحكم أعيدت القضية إلى المحكمة البدائية لسماعها مجدداً أو إتمام إجراءاتها . أ- تستدعي المحكمة البدائية الطرفين خلال عشرة أيام من تاريخ إعادة القضية إليها ، وعند السير في المحاكمة يتبع القاضي ما جاء بقرار الفسخ ويتم إجراءات القضية . ب- في حالة إصرار القاضي البدائي على قراره واستئناف الحكم ثانية ، تدقق محكمة الاستئناف فيه ، وتصدر قرارها إما بتأييد الحكم أو فسخه ، وفي الحالة الأخيرة لمحكمة الاستئناف هذه رؤية القضية مرافعة ، أو إعادتها للمحكمة ليراها قاض آخر انتداباً"[٢] .

ففهم هذا القرار هذه المادة أنه كان على المحكمة الابتدائية بعد الفسخ أن تدعو طرفي الدعوى خلال عشرة أيام من تاريخ إعادة القضية إليها ، وأن تصحح أسباب الفسخ التي بينها القرار الاستئنافي الفاسخ ، وبعد اتباع ذلك فإن تراءى لها أن تصر على حكمها المفسوخ فلها ذلك . فإن استُئنف الحكم أو كانت الدعوى المُصر على الحكم فيها من القضايا التي تتبع للاستئناف ، والمنصوص عليها في المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م ، والتي سبق ذكرها في المطلب الثاني من هذا المبحث . فعندئذ تقوم المحكمة الاستئنافية بتدقيق الحكم المُصَر عليه وتصدر قرارها . فإن رأت إعادة فسخه لذات سبب حكم الإصرار ، فتقوم عندئذ بالكتابة إلى سماحة قاضي القضاة والطلب منه أن ينتدب قاضياً آخر ليقوم بنظر الدعوى ، وإعادة الدعوى للمحكمة الابتدائية .

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٥ .
(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

- في حين ظهر لها القرار رقم (١٦٩٦٣)[١] ، الذي رأى أن إصرار المحكمة الابتدائية على حكمها المفسوخ دون اتباع قرار الفسخ يعتبر سبباً كافياً للعمل بمقتضى الفقرة "ب" من المادة ١٤٩ المذكورة بالطلب من سماحة قاضي القضاة أن ينتدب قاضياً آخر ليقوم بنظر الدعوى ، وإعادة الدعوى للمحكمة الابتدائية . ولا داعي لإعادة الدعوى لمصدرها ليقوم نفس القاضي بنظر الدعوى واتباع سبب الفسخ سندا للفقرة "أ" من المادة ١٤٩ المذكورة .

وكما يظهر من وجود هذين القرارين الذي يعارض كل واحد منهما الآخر ، ولبيان الفهم الصحيح الواجب اتباعه والعمل به للمادة ١٤٩ المذكورة ، القائم عليها هذا القرار . وبعد تشكل الهيئة الخماسية وانعقادها فقد اتجهتْ للقول بأنه في مثل هذه الحالة حالة إصرار هيئة المحكمة الابتدائية على حكمها المفسوخ ، فتقوم المحكمة الابتدائية بعد وصول الدعوى إليها بدعوة طرفيها خلال مدة عشر أيام من تاريخ وصول القضية إليها ، وتسير بالدعوى وفق الأصول ، ثم تصحح أسباب فسخ حكمها متبعة للتوجيهات التي بينها لها القرار الاستئنافي الفاسخ ، على اعتبار أن الأحكام الاستئنافية أحكام قطعية ، متبعة بذلك للفقرة الثانية من للمادة واحد وعشرين من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم تسعة عشر لسنة ١٩٧٢ م ، والتي تنص على : "تؤلف محكمة الاستئناف الشرعية من رئيس وعدد من الأعضاء ، وتنعقد برئيس وعضوين ، ويجوز تشكيل أكثر من هيئة في المحكمة على أن يكون رئيس الهيئة أقدمهم في الدرجة ، وتصدر قراراتها بالأكثرية ، وتكون أحكامها قطعية"[٢] .

ثم إذا اعتبرت المحكمة الابتدائية أن ما ذهبت إليه المحكمة الاستئنافية غير صحيح ، وتراءى لها أن تصر على حكمها المفسوخ فلها ذلك عند مرحلة الفصل في الدعوى[٣] . حيث أنه ليس من العدالة بمكان أن نجبرها على الحكم بغير قناعتها[٤] ، كما جاء في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم (٧٧٩٢٣) . فإن أعيد رفع الدعوى للمحكمة الاستئنافية ، فتقوم عندئذ المحكمة الاستئنافية بتدقيق الحكم المُصَر عليه ،

---

(١) . السجل الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية للقرارات الاستئنافية رقم ٢٩ .

(٢) . تم تعديل المادة ٢١ من قانون تشكيل المحاكم الشرعية وتعديلاته رقم ١٩ لسنة ١٩٧٢م ، بمقتضى المادة ٥ من قانون المحاكم الشرعية المعدل رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٦م . إلا أن الفقرة الثانية هذه من المادة المذكورة لم يطرأ عليها أي تعديل .

(٣) . انظر القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف إربد الشرعية برقم ١٠٧٨٧ بتاريخ ٢٠١٢/٩/٣م .

(٤) . أبو البصل ، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي** ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

وتصدر قرارها ، فإن رأت إعادة فسخه لذات سبب حكم الإصرار ، فتقوم بالطلب من سماحة قاضي القضاة بأن ينتدب قاضياً آخر ليقوم بنظر الدعوى ، وإعادة الدعوى لقاضيها الجديد . مؤيدة بذلك القرار رقم (١٥٤٣٠) ، وهو الأقدم بين القرارين المتعارضين .

- إن العمل بهذا الفهم هو الأقرب لمنطوق المادة والتسلسل الوارد فيها بشقيها "أ" و "ب" . هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فإن العمل بخلاف هذا الفهم يكون سبباً للوقوع في الحرج جراء حصول التناقض فيما بين القوانين المتبعة والمعمول بها ، فتارة يكون الإلزام باتباع أحكام المحاكم الاستئنافية ، وأن ما يصدر منها من أحكام تكون أحكاماً قطعية كما في المادة واحد وعشرين من قانون تشكيل المحاكم الشرعية وتعديلاته رقم تسعة عشر لسنة ١٩٧٢ م[١] ، والفقرة أ من المادة ١٤٩ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم واحد وثلاثين لسنة ١٩٥٩م[٢] . وتارة أخرى يجوز مخالفتها وعدم التقيد بأحكامها عند القول بمثل ما ذهب إليه القرار الاستئنافي الصادر عن هذه المحكمة برقم (١٦٩٦٣) ، والذي سبق ذكره . أما العمل بمقتضى ما فهمه القرار الخماسي هذا فيكون محققاً للانضباط والتوافق بين التشريعات والقوانين .
- ملخص القرار .

إن رأت المحكمة الابتدائية الإصرار على حكمها المفسوخ ، فعليها أولا تصحيح أسباب الفسخ ، فإن تراءى لها أن تصر على حكمها المفسوخ فلها ذلك . أما إذا تم استئناف الدعوى مرة أخرى فتقوم المحكمة الاستئنافية بتدقيق الحكم المُصَر عليه . فإن رأت إعادة فسخه لذات سبب حكم الإصرار ، فيصار لانتداب قاض آخر لينظر الدعوى .

وعليه وحيث أن ما قامت به المحكمة الابتدائية هو على النقيض مما قررته المحكمة الاستئنافية في قرارها الخماسي هذا ، وعليه فقد تقرر فسخ حكم المحكمة الابتدائية ، وعملاً بهذا القرار تقرر إعادة الدعوى لمصدرها لإجراء الإيجاب ، دون الطلب من سماحة قاضي القضاة أن ينتدب قاض آخر .

---

(١) . الجريدة الرسمية ، العدد ٢٣٥٧ الصادر بتاريخ ١٩٧٢/٥/٦ م ، ص ٨٣٤ .
(٢) . الجريدة الرسمية ، العدد ١٤٤٩ ، الصادر بتاريخ ١٩٥٩/١/١ ، ص ٩٣١ .

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين مبلغ الرسالة ومؤد الأمانة سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ، والسائرين على نهجه إلى يوم الدين ، أما بعد :

فقد خلص الباحث إلى ما يلي من نتائج وتوصيات ، فما كان في هذا البحث من صواب فهو من الله تعالى وحده ، وما كان فيه من خطأ أو تقصير فمن نفسي ، ومن الشيطان . وأستغفر الله تعالى عليه .

النتائج والتوصيات

أختم هذه الرسالة بحمد الله تعالى والثناء عليه ، الذي أعانني على بحث هذا الموضوع ، والذي خلصت فيه إلى ما يلي من نتائج وتوصيات :

- القرار الاستئنافي الخماسي هو : ثبوت حكم هيئة المحكمة الاستئنافية المكونة من خمسة أعضاء لرفع تناقض أو العدول عن مبدأ سابق .
- إن صدور قرار خماسي خلافا لما جاءت به القرارات الاستئنافية السابقة لا يؤثر عليها لأنها أحكام قطعية لا مجال للبحث فيها . كما إن صدور قرار خماسي عن إحدى المحاكم الشرعية الاستئنافية لا يكون ملزماً للمحاكم الاستئنافية الأخرى . فتظهر الحاجة لإنشاء محكمة عليا شرعية .
- الفرق بين القرار الخماسي والقانون هو أن القانون يملك تعديل القرار الخماسي وإلغاء ما جاء فيه ، بخلاف القرار الخماسي الذي لا يملك إلغاء القانون أو تعديله . بالإضافة إلى شمول سلطة القانون على جميع المحاكم الاستئنافية والابتدائية ، بخلاف القرار الاستئنافي الخماسي الذي تقتصر سلطته على القرارات الاستئنافية لنفس المحكمة التي صدر عنها القرار ، وكذلك على أحكام المحاكم الابتدائية التي تسري عليها أحكام المحكمة الاستئنافية التي أصدرت القرار الخماسي .
- يرى الباحث عدم توفر المسوغ القانوني لتشكيل قرار خماسي في القرار الخماسي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ١٢٥٧٣ ، ذلك أن المبدأ الذي أوجده هذا القرار كان قد أوجده القرار الخماسي رقم ١٢٥٧٢ .

- يرى الباحث عدم توفر المسوغ القانوني لتشكيل قرار خماسي في القرار الخماسي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية برقم ٢٢٤٩٥ ، لأنه لم يأت عادلاً عن مبدأ سابق ، ولم يأت قاطعاً لخلاف بين قرارين متعارضين معا .

كما ويوصي الباحث في هذه الرسالة بما يلي :

- أن تكون شروط أعضاء الهيئة الخماسية واضحة بينة بأن يكون أعضائها هم رؤساء المحاكم الاستئنافية الأربعة مع انضمام العضو الأقدم استئنافا معهم ليصير خامسهم .
- إن وجود أربع محاكم استئنافية تحمل نفس الدرجة في أقاليم متباعدة ، خاصة إذا ما علمنا أن أحكام كل واحدة منهم غير ملزم لقرينتها الأخرى . فإن الحاجة تبدو ماسة جدا لإنشاء محكمة عليا شرعية لتقوم بتوحيد المنهجية القضائية وتحقيق وحدة الاجتهادات القضائية الصادرة عن (أعلى جهة قضائية) .
- بما أن دين الدولة الأردنية هو الإسلام ، فيكون لزاماً تطبيق المحاكم المدنية لأحكام الشريعة الإسلامية أسوة بالمحاكم الشرعية .
- تعديل صياغة نص المادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية لتصبح بأن "ينتدب قاضي القضاة أحد القضاة لاستكمال عدد الهيئة الخماسية" بدلا من نصها بأن "تنعقد المحكمة من خمسة قضاة ويكمل قاضي القضاة هيئة المحكمة عندئذ بطريق الانتداب" . ففي ذلك إزالة االلبس المحتمل في فهم المادة .
- تعديل المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية في نصها على الدعاوى التي ترفع للاستئناف بقولها : "وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً من صدور الحكم" بأن يتم التفريق ما بين الحكم الوجاهي والغيابي الذي لا بد من تبليغ المدعى عليه فيه .
- تعديل قيمة التأمين المقدم في طلب رد القاضي وتنحيته عن القضية ، لتصير قيمة التأمين تتناسب مع الطلب المضمن فيه ومقارنته بالقيم الثمنية والشرائية لرسم التأميـــن .
- معرفة المحاكم الشرعية لتفاصيل الأعيان التي تتم عليها في معاملات التخارج العام ، للاحتراز عن إجازة المحكمة الشرعية وموافقتها عن التخارج عن الأعيان المحرمة والتي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية .

قائمـــة المصـــادر والمراجـــع

١- القرآن الكريم .

٢- أبادي ، الفيروز ، القاموس المحيط ، المطبعة المصرية ، (١٣٥٢هـ/١٩٣٣م) .

٣- آبادي ، محمد شمس الحق العظيم ، عون المعبود شرح سنن أبي داوود ، دار الكتب العلمية ، ، لبنان ، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م) .

٤- إبراهيم بك أحمد وإبراهيم واصل علاء الدين أحمد ، طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية ، المكتبة الأزهرية للتراث ، (٢٠٠٣م) .

٥- أحمد ، إبراهيم سيد ، الدفوع المدنية وعوارض الخصومة ، دار الفكر والقانون ، مصر ، (٢٠٠٨م) .

٦- الأشقر ، محمد ، زبدة التفسير من فتح القدير ، شركة ذات السلاسل ، الكويت ، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م) .

٧- الأنصاري ، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا ، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ، المطبعة الميمنية ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

٨- ابن أنس ، مالك ، الموطأ ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي ، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان ، الإمارات ، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م) .

٩- الأنصاري ، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، دار الفكر ، لبنان ، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) .

١٠- الأبياني ، محمد زيد ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، مكتبة النهضة ، بغداد ، (بلا تاريخ طبعة) .

١١- الأبياني ، محمد زيد ، مختصر كتاب مباحث المرافعات الشرعية ، مطبعة النهضة ، مصر ، (١٣٤٣هـ/١٩٢٥م) .

١٢- الأسيوطي ، محمد بن أحمد المنهاجي ، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود ، (١٣٧٤هـ/١٩٥٥م) .

١٣- الأفغاني ، سعيد بن محمد بن أحمد ، الموجز في قواعد اللغة العربية ، دار الفكر ، لبنان ، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م) .

١٤- الألباني ، محمد ناصر ، مختصر صحيح البخاري ، مكتبة المعارف ، السعودية ، (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م) .

١٥- البخاري ، محمد بن إسماعيل ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه ، دار طوق النجاة ، (١٤٢٢هـ) .

١٦- البابرتي ، محمد بن محمد بن محمود ، العناية شرح الهداية ، دار الفكر ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٧- براج ، جمعة محمد محمد ، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ، دار يافا العلمية ، الأردن ، (١٤٢٠ هـ/١٩٩٩م) .

١٨- براج ، جمعة محمد محمد ، العقوبات في الإسلام ، دار يافا العلمية ، الأردن ، (١٤٢١ هـ/٢٠٠٠م) .

١٩- برمو ، محمد تيسير ، أحكام الإكراه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون ، دار النوادر ، سورية ، (١٤٣٣هـ/٢٠١٢م) .

٢٠- باز ، سليم رستم ، شرح المجلة ، دار العلم للجميع ، لبنان،(١٤١٨ هـ/١٩٩٨م) .

٢١- بشناق ، "أحمد الجزار" محمد داود ، ترجيح البينات في النفقة والطلاق وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية الأردني في ضوء قوله صلى الله عليه وسلم : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" ، رسالة ماجستير في جامعة البلقاء التطبيقية ، (٢٠٠٦م) .

٢٢- أبو البصل ، عبد الناصر موسى ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٥م) .

٢٣- البعلي ، محمد بن أبي الفتح ، المطلع على ألفاظ المقنع ، مكتبة السوادي ، السعودية ، (١٤٢٣ هـ/٢٠٠٣م) .

٢٤- البغا ، مصطفى ديب وعبد الرحيم ، القرشي الراشدي سالم ، الدعاوى والبينات والقضاء ، دار المصطفى ، (١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م) .

٢٥- البغدادي ، غانم بن محمد ، مجمع الضمانات ، دار الكتاب الإسلامي ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٦- البغوي ، عبد الله بن محمد بن عبد العزيز ، معجم الصحابة ، مكتبة دار البيان ، الكويت ، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) .

٢٧- بني بكر ، قاسم ، نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٩م) .

٢٨- البكري الدمياطي ، عثمان بن محمد شطا ، إعانة الطالبين ، دار الفكر ، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) .

٢٩- البنا ، أنور حمودة ، الأمراض العقلية والنفسية ، (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م) .

٣٠- البهوتي ، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس ، كشاف القناع على متن الاقناع ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٣١- البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي ، شعب الإيمان ، مكتبة الرشد ، السعودية ، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)

٣٢- البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي ، السنن الكبرى ، دار المعارف النظامية ، الهند ، (١٣٤٤هـ) .

٣٣- الترمذي ، محمد بن عيسى بن سورة ، الجامع الصحيح ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٣٤- التسولي ، علي بن عبد السلام بن علي ، البهجة في شرح التحفة ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١٨ هـ/١٩٩٨م) .

٣٥- التغلبي ، عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م) .

٣٦- التكروري ، عثمان ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٤م) .

٣٧- التكروري ، عثمان ، الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، دار الثقافة ، الأردن ، (١٩٩٧ م) .

٣٨- التوزري ، عثمان بن المكي الزبيدي ، توضيح الأحكام على تحفة الحكام ، المطبعة التونسية ، تونس ، (١٣٣٩هـ) .

٣٩- ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني ، الفتاوى الكبرى ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤٠٨هـ/١٩٨٧م) .

٤٠- ابن تيمية ، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ، المحرر ، مكتبة المعارف ، السعودية ، (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م) .

٤١- الجبوري ، ياسين محمد ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، الدار العلمية الدولية ، ودار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٣م) .

٤٢- الجرجاني ، علي بن محمد ، التعريفات ، المطبعة الخيرية ، مصر ، (١٣٠٦هـ) .

٤٣- الجزري ، علي بن محمد بن الأثير ، أسد الغابة في معرفة الصحابة ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١٥هـ/١٩٩٤م) .

٤٤- الجزيري ، عبد الرحمن ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الفكر ، لبنان ، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م) .

٤٥- جعيط ، محمد العزيز ، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية ، مكتبة الاستقامة ، مطبعة الإرداة ، تونس ، (بلا تاريخ طبعة) .

٤٦- جماعة من علماء الهند ، الشيخ نظام و ، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان المسمى بـ(فتاوى العالمكيرية) ، وبهامشه فتاوى قاضيخان ، والفتاوى البزازية ، دار صادر ، لبنان ، (١٤١١هـ/١٩٩١م) .

٤٧- الجوجري ، شمس الدين محمد بن عبد المنعم بن محمد ، شرح شذور الذهب في معرفة كلام العرب ، الجامعة الإسلامية ، السعودية ، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٤م) .

٤٨- الحاكم ، محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه ، المستدرك على الصحيحين ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١١هـ/١٩٩٠م) .

٤٩- الحطاب ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، دار عالم الكتب ، السعودية ، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م) .

٥٠- الحموي ، ياقوت بن عبد الله الرومي ، معجم الأدباء ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان ، (١٤١٤هـ/١٩٩٣م) .

٥١- الحموي ، أحمد بن محمد مكي ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية لبنان ، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م) .

٥٢- الجندي ، أحمد نصر ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، (٢٠١١م) .

٥٣- ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي ، جامع المسانيد ، تحقيق د. علي حسين البواب ، مكتبة الرشد ، السعودية ، (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م) .

٥٤- الجوهري ، إسماعيل بن حماد الفارابي ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، دار العلم للملايين ، (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م) .

٥٥- الحصكفي ، علاء الدين محمد بن علي ، الدر المختار ، دار الفكر ، لبنان ، (١٤١٢هـ/١٩٩٢م) .

٥٦- ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي بن محمد ، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١٩هـ/١٩٨٩م) .

٥٧- ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي بن محمد ، الإصابة في تمييز الصحابة ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١٥م) .

٥٨- ابن حجر الهيتمي ، أحمد بن محمد بن علي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، (١٣٥٧ هـ/١٩٨٣م) .

٥٩- الحسني ، محمد بن علي بن عباس المالكي ، المنهل اللطيف في أصول الحديث الشريف ، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) .

٦٠- ابن حسين المالكي ، محمد بن علي ، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية ، دار عالم الكتب ، السعودية ، (بلا تاريخ طبعة) .

٦١- ابن حنبل ، أحمد بن محمد بن هلال بن أسد الشيباني ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق الشيخ شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م) .

٦٢- ابن حيان الأندلسي ، أبو حيان محمد بن يوسف ، البحر المحيط ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤٢٢هـ/٢٠٠١م) .

٦٣- حيدر ، علي ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب فهمي الحسيني ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١١هـ/١٩٩١م) .

٦٤- الخازن ، علي بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيحي ، لباب التأويل في معاني التنزيل ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١٥هـ) .

٦٥- الخرشي ، أبو عبد الله محمد بن عبد الله ، شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٦٦- الخصاف ، عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد ، شرح أدب القاضي ، تحقيق محي هلال السرحان ، مطبعة الإرشاد ، العراق ، (١٣٩٨هـ/١٩٧٨م) .

٦٧- الخطيب الشربيني ، محمد بن أحمد ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دار الفكر ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٦٨- الخطيب الشربيني ، محمد بن أحمد ، السراج المنير في الإعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكيم الخبير ، مطبعة بولاق الأميرية ، مصر (١٢٨٥هـ) .

٦٩- الخياط ، عبد العزيز عزت ، مقاصد الشريعة وأصول الفقه ، مطابع الدستور ، الأردن ، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) .

٧٠- أبو الخير ، عبد السميع عبد الوهاب ، الحق في الحبس في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار النهضة ، مصر ، (١٩٩٤م) .

٧١- الدارمي ، عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام ، سنن الدرامي ، تحقيق د. مصطفى البغا ، دار القلم ، سورية ، (١٤١٢هـ/١٩٩١م) .

٧٢- داماد أفندي ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٧٣- داود ، أحمد محمد علي ، أصول المحاكمات الشرعية ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٤م) .

٧٤- داود ، أحمد محمد علي ، الصكوك والتوثيقات في المحاكم الشرعية ، دار الثقافة ، الأردن ، (١٤٣١هـ/٢٠١٠م) .

٧٥- داود ، أحمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، دار الثقافة ، الأردن ، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م) .

٧٦- داود ، أحمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٤م) .

٧٧- الداود ، أحمد محمد علي ، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية ، دار الثقافة ، الأردن ، (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م) .

٧٨- داود ، محمد داود حسين ، أحكام الوكالة الدورية غير القابلة للعزل في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ، رسالة ماجستير في جامعة النجاح ، فلسطين ، (٢٠٠٩م) .

٧٩- الدردير ، أحمد بن محمد ، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

٨٠- الدردير ، أحمد بن محمد ، الشرح الكبير ، دار الفكر ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٨١- ابن دريد الأزدي ، محمد بن الحسن ، جمهرة اللغة ، دار العلم للملايين ، لبنان ، (١٩٨٧م) .

٨٢- الدريني ، فتحي ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، (١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م) .

٨٣- الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٨٤- الدغمي ، محمد راكان ضيف الله ، دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية ، دار عمار ، الأردن ، (١٤١١هـ/١٩٩١م) .

٨٥- الدليمي ، أجياد ثامر نايف ، الاعتراض على الحكم الغيابي دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، (٢٠١١م) .

٨٦- الدوري ، قحطان عبد الرحمن ، البحث الفقهي ، دار عماد الدين ، (١٤٣٢هـ/٢٠١١م) .

٨٧- الدوري ، قحطان عبد الرحمن ، عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، دار الفرقان ، الأردن ، (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م) .

٨٨- الذهبي ، محمد بن أحمد بن عثمان ، سير أعلام النبلاء ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م) .

٨٩- الذهبي ، محمد بن أحمد بن عثمان ، الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة ، دار القبلة للثقافة الاسلامية ، مؤسسة علوم القرآن ، السعودية ، (١٤١٣هـ/١٩٩٣م) .

٩٠- ذياب ، زياد صبحي ، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون ، دار وائل ، الأردن ، (١٩٩٤م) .

٩١- الرازي ، محمد بن أبي بكر عبد القادر ، مختار الصحاح ، دار عمار ، الأردن ، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م) .

٩٢- الرازي ، محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي ، مفاتيح الغيب ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، (١٤٢٠هـ) .

٩٣- الرافعي ، عبد القادر ، التحرير المختار لرد المحتار المعروف بتفريدات الرافعي على حاشية ابن عابدين ، المطبعة الأميرية ، مصر ، (١٣٢٣هـ) .

٩٤- ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ــ لبنان ، (١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م) .

٩٥- الرحيباني ، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، دار المكتب الإسلامي ، بلا مكان نشر ، (١٤١٥هـ/١٩٩٤م) .

٩٦- ابن رشد الجد ، محمد بن أحمد ، البيان والتحصيل ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان ، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م) .

٩٧- ابن رشد الجد ، محمد بن أحمد ، المقدمات الممهدات ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان ، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م) .

٩٨- ابن رشد الحفيد ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الجد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الحديث ، مصر ، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م) .

٩٩- رعد ، نبيل شديد الفاضل ، الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، (٢٠٠٥م) .

١٠٠- الرملي ، محمد بن أحمد ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر ، لبنان ، (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م) .

١٠١- الزبيدي ، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي ، الجوهرة النيرة ، المطبعة الخيرية ، مصر ، (١٣٢٢هـ) .

١٠٢- الزبيدي ، السيد محمد مرتضى الحسيني ، تاج العروس من جواهر القاموس ، مطبعة حكومة دولة الكويت ، (١٣٩٤هـ/١٩٧٤م) .

١٠٣- الزحيلي ، محمد ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ، ، دار البيان ، سورية ، (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م) .

١٠٤- الزحيلي ، وهبة ، أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، سورية ، (١٤١٦هـ/١٩٩٦م) .

١٠٥- الزحيلي ، وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، سورية ، (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م) .

١٠٦- الزركشي ، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر ، البحر المحيط ، دار الكتبي ، مصر ، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) .

١٠٧- الزركشي ، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر ، المنثور في القواعد الفقهية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية ، الكويت ، (١٤٠٥ هـ/١٩٨٥م) .

١٠٨- الزركلي ، خير الدين ، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين ، دار العلم للملايين ، لبنان ، (٢٠٠٢م) .

١٠٩- الزرقا ، أحمد بن محمد ، شرح القواعد الفقهية ، دار القلم ، سورية ، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م) .

١١٠- الزرقاني ، عباس ، منتخبات الأحكام الشرعية ، مطبعة المقتطف والمقطم ، مصر ، (١٩٢٧م) .

١١١- زنجويه ، حميد بن مخلد بن قتيبة بن عبد الله الخرساني ، الأموال ، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية ، السعودية ،(١٤٠٦هـ/١٩٨٦م) .

١١٢- أبو زهرة ، محمد ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

١١٣- أبو زهرة ، محمد ، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي (العقوبة) ، دار الفكر العربي ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

١١٤- زيدان ، عبد الكريم ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) .

١١٥- الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، (١٣١٣هـ) .

١١٦- السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١١هـ/١٩٩١م) .

١١٧- السبيهين ، محمد بن علي ، الوكالة في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير في جامعة أم القرى السعودية ، (١٣٩٢هـ/١٣٩٣هـ) .

١١٨- السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أصول السرخسي ، دار المعرفة ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

١١٩- السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل ، المبسوط ، دار المعرفة ، لبنان ، (١٤١٤هـ/١٩٩٣م) .

١٢٠- السرطاوي ، محمود علي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، الأردن ، (١٤٣١هـ/٢٠١٠م) .

١٢١- سقا ، عبد المنعم فارس ، أحكام المفقود والغائب في الفقه الإسلامي ، دار النوادر ، سورية ، (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م) .

١٢٢- السلمان ، عبد العزيز المحمد ، الأسئلة والأجوبة الفقهية ، بلا مكان نشر ، (١٤١٣هـ) .

١٢٣- ابن سلمون الكناني ، سلمون بن علي بن عبد الله ، مخطوطة بعنوان العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام ، (كتب في القرن الثاني عشر الهجري) .

١٢٤- سمارة ، محمد ، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، مطبعة جمعية عمال المطابع التعاونية ، فلسطين ، (١٩٨٧م) .

١٢٥- السمرقندي ، أبو بكر علاء الدين أحمد بن محمد ، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) .

١٢٦- السمناني ، أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي ، روضة القضاة وطريق النجاة ، دار الفرقان ، الأردن ، (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م) .

١٢٧- أبو سنينة ، محمد جمال ، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٥م) .

١٢٨- ابن سِيدَه ، علي بن إسماعيل المرسي ، المحكم والمحيط الأعظم ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) .

١٢٩- ابن سِيدَه ، علي بن إسماعيل المرسي ، المخصص ، بلا رقم طبعة ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٣٠- السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية ، ، دار السلام ، مصر ، (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م) .

١٣١- السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ، طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ، (١٣٨٤هـ/١٩٦٤م) .

١٣٢- السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، مصباح الزجاجة شرح سنن ابن ماجه ، قديمي كتب خانة ، كراتشي ــ الباكستان ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٣٣- أبو سيف ، مأمون محمد ، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية ، عالم الكتاب الحديث ، الأردن ، (٢٠١٠م) .

١٣٤- أبو سيف ، مأمون محمد ، الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠١١م/١٤٣٢هـ) .

١٣٥- الشاطبي ، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي ، الموافقات في أصول الشريعة ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، (١٤٢٢هـ/٢٠٠١م) .

١٣٦- الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي ، الأم ، دار المعرفة ، لبنان ، (١٤١٠هـ/١٩٩٠) .

١٣٧- الشتري ، سعد بن ناصر بن عبد العزيز ، شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية ، دار إشبيليا ، السعودية ، (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م) .

١٣٨- شرف الدين ، عبد العظيم ، المرافعات الشرعية ، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية ، مصر ، (٢٠٠٦م) .

١٣٩- الشربيني ، محمود ، القضاء في الإسلام ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، مصر ، (١٩٩٩م) .

١٤٠- شريف ، عادل محمد جبر أحمد ، حماية القاضي وضمانات نزاهته دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، (٢٠١١م) .

١٤١- الشيرزاي : إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أباذي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) .

١٤٢- الشلبي ، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس ، حاشية الشلبي ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، (١٣١٣هـ) .

١٤٣- شنيور ، عبد الناصر محمد ، الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة ، دار النفائس ، الأردن ، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م) .

١٤٤- ابن أبي شيبة ، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان العبسي ، مصنف ابن أبي شيبة ، مكتبة الرشد ، السعودية ، (١٤٠٩هـ) .

١٤٥- الصاوي ، أحمد بن محمد ، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٤٦- الصاوي ، أحمد بن محمد ، حاشية الصاوي في متن الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ، مصر ، (بلا رقم طبعة) .

١٤٧- الصابوني ، محمد علي ، صفوة التفاسير ، دار السلام ، مصر ، (١٤١٦هـ/١٩٩٦م) .

١٤٨- الصمادي ، كمال علي صالح ، اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في مسائل التفريق التي لم يرد بها نص خاص في قانون الأحوال الشخصية ، (٢٠٠٦م) .

١٤٩- الصنعاني ، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، دار الحديث ، بلا مكان نشر ، (بلا تاريخ طبعة).

١٥٠- الطباطبائي ، محمد حسين ، الميزان في تفسير القرآن ، مؤسسة الأعلمي ، لبنان ، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م) .

١٥١- الطبري ، أبو جعفر محمد بن جرير ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن ، دار الفكر ، لبنان ، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) .

١٥٢- الظاهر ، راتب عطا الله ، إجراءات دعوى نفقة الزوجة على ضوء القوانين المعمول بها واجتهادات محكمة الاستئناف الشرعية ، بحث غير منشور ، (بلا تاريخ) .

١٥٣- الظاهر ، راتب عطا الله ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٨ م) .

١٥٤- ابن عابدين ، محمد ، رد المحتار على الدر المختار ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٥٥- ابن عابدين ، محمد ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، بلا دار نشر ، بلا مكان نشر ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٥٦- ابن عابدين ، محمد علاء الدين أفندي ، تكملة رد المحتار على الدر المختار . والمعروف بتكملة حاشية ابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي ، بلا مكان نشر ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٥٧- العبادي ، عبد السلام ، الرعاية الأردنية الهاشمية للقدس والمقدسات الإسلامية فيها ، المطابع العسكرية ، الأردن ، (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) .

١٥٨- عبد الباقي ، محمد بن فؤاد بن صالح بن محمد ، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، دار الحديث ، مصر ، (١٤٠٧هـ/١٩٨٦م) .

١٥٩- عبد الباقي ، محمد بن فؤاد بن صالح بن محمد ، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ، دار الفكر ، لبنان ، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) .

١٦٠- عبد التواب ، معوض ، موسوعة الأحوال الشخصية ، دار الوفاء ، مصر ، (١٩٨٨م) .

١٦١- عبد الدايم ، حسني محمود ، التقادم وإسقاطه للحقوق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، (٢٠٠٩م) .

١٦٢- عبد الرحمن ، محمد سعيد ، الحكم القضائي أركانه وقواعد إصداره دراسة تأصيلية تحليلة تطبيقية مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، (٢٠١١م) .

١٦٣- عبد الرحمن ، محمد شريف عبد الرحمن أحمد ، الوكالة في التصرفات القانونية ، دار الفكر والقانون ، مصر ، (٢٠٠٩م) .

١٦٤- ابن عبد السلام ، عز الدين عبد العزيز ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، مكتبة الكليات الأزهرية ، مصر ، (١٤١٤هـ/١٩٩١م) .

١٦٥- العبد اللطيف ، عبد الرحمن بن صالح ، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير ، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية ، السعودية ، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م) .

١٦٦- عبد المطلب ، إيهاب ، أدلة الإثبات وأوجه بطلانها في ضوء الفقه والقضاء ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ، (٢٠٠٩م) .

١٦٧- العبودي ، عباس ، أحكام قانون الإثبات الأردني ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٥م) .

١٦٨- العبودي ، عباس ، شرح أحكام قانون البينات دراسة مقارنة معززة بآخر التعديلات التشريعية والمبادئ القانونية ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٧م) .

١٦٩- العبودي ، عباس ، شرح أحكام قانون التنفيذ دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية لمحكمة التمييز ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٧م) .

١٧٠- عتر ، نور الدين ، منهج النقد في علوم الحديث ، دار الفكر ، سورية ، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) .

١٧١- العثيمين ، محمد بن صالح ، القواعد الفقهية ، دار البصيرة ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٧٢- عرنوس ، محمود بن محمد ، تاريخ القضاء في الإسلام ، المطبعة المصرية الأهلية ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٧٣- ابن عساكر ، علي بن الحسن ابن هبة الله بن عبدالله الشافعي ، تاريخ دمشق ، دار الفكر ، لبنان ، (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) .

١٧٤- العسكري ، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران ، الفروق اللغوية ، دار العلم والثقافة ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٧٥- عليش ، محمد ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل وبهامشه حاشيته المسماه تسهيل منح الجليل ، دار صادر ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٧٦- علي ، عبد الحليم محمد منصور والغزالي ، أحمد بخيت ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي ، دار الفكر الجامعي ، ، مصر ، (٢٠٠٨ ، ٢٠٠٩م) .

١٧٧- عمرو ، عبد الفتاح عايش ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية حتى عام ١٩٩٠ م ، دار يمان ، الأردن ، (١٤١١هـ/١٩٩٠م) .

١٧٨- عمرو ، عبد الفتاح عايش ، القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية حتى عام ١٩٩٠ م ، دار يمان ، الأردن ، (١٤١٠هـ/١٩٩٠) .

١٧٩- عواد ، محمود ، معجم الطب النفسي والعقلي ، دار أسامة ، الأردن ، (٢٠١١م) .

١٨٠- أبو عيسى ، محمود عباس صالح ، التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج في الفقه الإسلامي والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية ، رسالة ماجستير من جامعة النجاح الوطنية في فلسطين ، (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م) .

١٨١- العيني ، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفي ، البناية شرح الهداية ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤٢٠ هـ/٢٠٠٠م) .

١٨٢- العماري ، حبيب عبيد مرزة ، الخصم في الدعوى المدنية دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، (٢٠١٢م) .

١٨٣- غرايبة ، محمد فهد ، الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون ، دار يافا العلمية ، الأردن ، (٢٠٠٩م) .

١٨٤- الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي ، الوسيط في المذهب ، دار السلام ، مصر ، (١٤١٧هـ) .

١٨٥- الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي ، المستصفى ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١٣هـ/١٩٩٣م) .

١٨٦- الغامدي ، ناصر بن محمد بن مشري ، التخارج بين الورثة أحكامه وصوره في الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد رقم ٤٥ ، (١٤٢٩هـ) .

١٨٧- غلاييني ، مصطفى ، جامع الدروس العربية ، المكتبة العصرية ، لبنان . (١٤١٢هـ/١٩٩١م) .

١٨٨- ابن فارس ، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن حبيب الرازي ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو ، دار الفكر ، لبنان، (١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م) .

١٨٩- فارس ، علي فارس ، سلطات وموجبات الوكيل وانتهاء وكالته في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، (٢٠٠٤م) .

١٩٠- أبو فارس ، محمد عبد القادر ، الأحوال الشخصية ــ الأهلية ــ الولاية ، الوصاية ــ الوصية ــ الإرث ، دار الفرقان ، الأردن ، (بلا تاريخ طبعة) .

١٩١- أبو فارس ، محمد عبد القادر ، القضاء في الإسلام ، دار الفرقان ، الأردن، (١٤١٥هــ/١٩٩٥م) .

١٩٢- ابن فرحون ، أبو الوفاء إبراهيم بن محمد اليعمري المالكي ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤٢٨هــ/٢٠٠٧م) .

١٩٣- فريحات ، إيمان تاريخ القضاء في الأردن "١٩٢١ م – ١٩٨٩ م" ، مطبعة الفنار ، الأردن ، (٢٠٠٨ م) .

١٩٤- الفقي ، المغاوري محمد عبد الرحمن ، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، (٢٠١١م) .

١٩٥- فنسنك ، وجماعته ، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي ، مكتبة بريل ، ليدن ، (١٩٣٦م) .

١٩٦- فودة ، عبد الحكيم ، موسوعة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى سنة ١٩٥٥م ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، (١٩٩٧م) .

١٩٧- ابن قاضي سماونة ، محمود بن إسرائيل ، جامع الفصولين ، المطبعة الميرية ، مصر، (١٣٠٠هــ) .

١٩٨- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ م .

١٩٩- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م .

٢٠٠- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م .

٢٠١- قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردنية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٩م .

٢٠٢- قانون انتقال الأراضي الفلسطيني رقم ٨١ لسنة ١٩٢٠م .

٢٠٣- قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩ لسنة ١٩٧٢م .

٢٠٤- قانون التنفيذ الشرعي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٦م .

٢٠٥- قانون التنفيذ الشرعي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٠م .

٢٠٦- قانون العائلة رقم ٩٢ لسنة ١٩٥١ م .

٢٠٧- قانون المحامين الشرعين رقم ١٢ لسنة ١٩٥٢م .

٢٠٨- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م .

٢٠٩- قانون المرافعات المدنية المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م .

٢١٠- ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي ، روضة الناظر وجنة المناظر ، مؤسسة الريان ، لبنان ، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م) .

٢١١- ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي ، الشرح الكبير على متن المقنع ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢١٢- ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي ، الكافي ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) .

٢١٣- ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي ، المغني ، مكتبة القاهرة ، مصر ، (١٣٨٨هـ/١٩٦٨م) .

٢١٤- قدري باشا ، محمد ، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، (١٣٠٨هـ/١٨٩١م) .

٢١٥- قراعة ، علي ، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، مطبعة النهضة ، مصر ، (١٣٤٤هـ/١٩٢٥م) .

٢١٦- القرافي ، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن ، أنوار البروق في أنواء الفروق ، دار عالم الكتب ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢١٧- القرافي ، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن ، الذخيرة ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان ، (١٩٩٤م) .

٢١٨- القصير، عبد الله صالح ، الذكرى بخطر الربا ــ حقيقته ــ صوره ــ ضرره ، دار الوطن ، السعودية ، (١٤١٨هـ) .

٢١٩- القرضاوي ، يوسف ، فوائد البنوك هي الربا الحرام دراسة فقهية في ضوء القرآن والسنة والواقع ، المكتب الإسلامي ، لبنان ، (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م) .

٢٢٠- القرطبي ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق أبي اسحق إبراهيم اطفيش ، دار الكتاب العربي ، مصر ، (١٣٨٧هـ/١٩٦٧ م) .

٢٢١- قرقز ، إبراهيم أثر الاختلالات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية ، ، بلا مكان نشر ، (١٤١٩هـ/١٩٩٩م) .

٢٢٢- القضاة ، مفلح عواد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لقانون الإثبات الإتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢م لدولة الإمارات العربية المتحدة "دراسة مقارنة" ، مطبعة بن دسمال ، الإمارات ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٢٣- القضاة ، مفلح عواد ، أصول التنفيذ وفقا لأحدث التعديلات لقانون التنفيذ دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٨م) .

٢٢٤- القضاة ، مفلح عواد ، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي ، دار الثقافة ، الأردن ، (٢٠٠٤م) .

٢٢٥- قلعجي ، محمد رواس وقنيبي، حامد صدقي ، معجم لغة الفقهاء عربي ــ انكليزي مع كشاف انجليزي ــ عربي بالمصطلحات الواردة في المعجم ، دار النفائس ، لبنان ، (١٤٠٨ هــ/١٩٨٨م) .

٢٢٦- القليوبي ، أحمد سلامة وعميرة ، أحمد البرلسي ، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المنهاج ، دار الفكر ، لبنان ، (١٤١٥هــ/١٩٩٥م) .

٢٢٧- القونوي ، قاسم بن عبد الله بن أمير علي الرومي ، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤٢٤ هــ/ ٢٠٠٤م) .

٢٢٨- القيرواني ، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي ، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات ، تحقيق د . محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان ، (١٩٩٩م) .

٢٢٩- ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، والمعروف أيضا باسم الفراسة المرضية في السياسة الشرعية ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (بلا تاريخ نشر) .

٢٣٠- الكاساني ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، (١٤٠٢هــ/١٩٨٢م) .

٢٣١- ابن كثير ، أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن عمر ، تفسير القرآن العظيم ، تحقيق د. محمد إبراهيم البنا ، دار ابن حزم ، لبنان ، (١٤١٩هــ/١٩٩٨م) .

٢٣٢- كحالة ، عمر رضا ، معجم المؤلفين ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٣٣- كنعان ، نواف ، مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني وفقا للتعديلات الدستورية لعام ٢٠١١م ، إثراء للنشر والتوزيع ، الأردن،(٢٠١٣م) .

٢٣٤- الكيلاني ، جمال ، الإثبات بالخبرة والمعاينة في الفقه والقانون ، مجلة جامعة النجاح الفلسطينية للأبحاث (العلوم الإنسانية) ، ، العدد ١٦ (١) ، نابلس ــ فلسطين ، (٢٠٠٢م) .

٢٣٥- الكفوي ، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني ، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، (١٤١٩هــ/١٩٩٨م) .

٢٣٦- لجنة من فطاحل العلماء تشكلت بأمر من المشيخة الإسلامية ، كتاب النفقات الشرعية ، مطبعة الرغائب ، ترجمة رأفت الدجاني ، مصر ، (١٩٣٧م) .

٢٣٧- لجنة من العلماء ، في الدولة العثمانية ، مجلة الأحكام العدلية ، نور محمد كارخانه لتجارت الكتب ، كاراتشي ــ الباكستان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٣٨- الماتريدي ، محمد بن محمد بن محمود ، تأويلات أهل السنة ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م) .

٢٣٩- ابن ماجه ، محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد ومحمَّد كامل قره بللي وعَبد اللّطيف حرز الله ، دار الرسالة العالمية ، لبنان ، (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م) .

٢٤٠- ابن مازة البخاري ، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤٢٤ هـ/٢٠٠٤م) .

٢٤١- الماوردي ، علي بن محمد بن حبيب ، أدب القاضي ، تحقيق يحيى هلال السرحان ، مطبعة العاني ، العراق ، (١٣٩٢هـ/١٩٧٢م) .

٢٤٢- الماوردي ، علي بن محمد بن حبيب ، الحاوي الكبير ، دار الكتب العلمية ، لبنان، (١٤١٤هـ/١٩٩٤) .

٢٤٣- مجمع اللغة العربية ، معجم القانون ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، مصر ، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩ م) .

٢٤٤- مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، مطابع الأوفست بشركة الإعلانات ، مصر ، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م) .

٢٤٥- محمد ، سيف النصر سليمان ، مرجع القاضي والمتقاضي في القضاء المستعجل وإشكالات ومنازعات التنفيذ المدنية والتجارية والأحوال الشخصية الصادرة عن محاكم الأسرة وقاضي الأمور الوقتية ، مطبعة زهران ، مصر ، (١٤٢٥ هـ/٢٠٠٥ م) .

٢٤٦- مراد ، عبد الفتاح ، دعوى الحبس لدين النفقة ، بلا دار نشر ، بلا مكان نشر (بلا تاريخ نشر) .

٢٤٧- المرداوي ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٤٨- المرغيناني ، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، (بلا رقم طبعة) .

٢٤٩- المصري ، سليم علي ، التدخل واختصام الغير بين أدب القضاء الاسلامي وقوانين أصول المحاكمات ، مطابع الدستور ، الأردن ، (٢٠٠٧م) .

٢٥٠- المغربي ، محمد نجيب عوضين ، الردة عن الإسلام وأثرها في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٥١- ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح أبو إسحاق ، المبدع في شرح المقنع ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) .

٢٥٢- المقدسي ، عبد الرحمن بن ابراهيم ، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني ، تعليق إبراهيم محمد رمضان ، دار الأرقم بن أبي الأرقم ، لبنان ، (بلا تاريخ نشر) .

٢٥٣- المكتب الفني ، نقابة المحامين ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، (٢٠٠٠م) .

٢٥٤- ملحم ، أحمد سالم ، دراسات إسلامية في الفكر والثقافة والسلوك ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥) .

٢٥٥- ملحم ، أحمد سالم ، الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني ، مكتبة الرسالة الحديثة ، الأردن ، (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) .

٢٥٦- بني ملحم ، أحمد سالم ، المعاملات الربوية في ضوء القرآن والسنة دراسة فقهية تبين أشهر المعاملات الربوية وتطبيقاتها العملية في المجتمعات البشرية ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، الأردن ، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م) .

٢٥٧- المناوي ، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ، التوقيف على مهمات التعريف ، دار عالم الكتب ، مصر ، (١٤١٠ هـ/١٩٩٠م) .

٢٥٨- المنبجي ، علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ، الدار الشامية ، لبنان ، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) .

٢٥٩- ابن منظور ، جمال الدين ، لسان العرب ، دار صادر للنشر والتوزيع ، بيروت ، (١٩٩٤م) .

٢٦٠- منلا خسرو ، محمد بن فرامرز بن علي ، درر الحكام شرح غرر الأحكام ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٦١- المهدي ، محمد العباسي ، الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية ، المطبعة الأزهرية المصرية ، مصر ، (١٣٠١هـ) .

٢٦٢- المواق ، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري ، التاج والإكليل لمختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، لبنان ،(١٤١٦ هـ/ ١٩٩٤م) .

٢٦٣- ابن مودود الموصلي ، عبد الله بن محمود ، الاختيار لتعليل المختار ، طبعة الحلبي ، مصر ، (١٣٥٦هـ/١٩٣٧م) .

٢٦٤- الموقع الإلكتروني لدائرة الافتاء الأردنية .

٢٦٥- الموقع الإلكتروني لدائرة قاضي القضاة الأردنية .

٢٦٦- موقع القسطاس القانوني الإلكتروني .

٢٦٧- الميداني ، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي ، اللباب في شرح الكتاب ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٦٨- نائل وملكاوي ، بشار عدنان ومنصور ، أمجد ، شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ، دار وائل ، الأردن ، (٢٠٠٨م) .

٢٦٩- النتشة ، ريم "محمد اسحق" عباس ، دعوى التفريق بين الزوجين لعدم الانفاق وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية ، (١٤٢٧هــ/٢٠٠٦م) .

٢٧٠- ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١٩ هــ/١٩٩٩م) .

٢٧١- ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٧٢- الندوي ، علي أحمد ، القواعد الفقهية ــ مفهومها ــ نشأتها ــ تطورها ــ دراسة مؤلفاتها ــ أدلتها ــ مهمتها ــ تطبيقاتها ، سورية ، (١٤٢٠ هــ/٢٠٠٠م) .

٢٧٣- النسائي ، أحمد بن شعيب الخرساني ، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، تحقيق عبد الفتاح ابو غدة ، مؤسسة الرسالة ، سورية ، (١٤٠٦هــ/ ١٩٨٦م) .

٢٧٤- النسفي ، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل ، طلبة الطلبة ، المطبعة العامرة ، العراق ، (١٣١١هــ) .

٢٧٥- النفرواي : أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، دار الفكر ، لبنان ، (١٤١٥هــ/١٩٩٥م) .

٢٧٦- النووي ، يحيى بن شرف ، تهذيب الأسماء واللغات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٧٧- النووي ، يحيى بن شرف ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، تحقيق خليل مأمون شيحا ، دار المعرفة ، لبنان ، (١٤٢٧هــ/٢٠٠٦م) .

٢٧٨- النووي ، يحيى بن شرف ، المجموع شرح المهذب ، ، دار الفكر ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٧٩- النيسابوري ، مسلم بن الحجاج. صحيح مسلم بشرح النووي ، تحقيق عصام الصبابطي وحازم محمد وعماد عامر ، دار أبي حيان ، مصر ، (١٤١٥هــ/١٩٩٥ م) .

٢٨٠- الهراني ، أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن اسحق بن موسى الأصبهاني ، المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، (١٤١٧هـ/١٩٩٦م) .

٢٨١- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، فتح القدير ، دار الفكر ، لبنان ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٨٢- الهمداني ، بهاء الدين عبد الله بن عقيل العقيلي ، شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك ، المكتبة العصرية ، لبنان ، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) .

٢٨٣- الهندي ، محمد أمين كامل محمد ، دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية ، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، الأردن ، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) .

٢٨٤- واصل ، نصر فريد محمد ، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام ، المكتبة التوفيقية ، مصر ، (بلا تاريخ طبعة) .

٢٨٥- واصل ، نصر فريد محمد ، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي ، دار الشروق ، مصر ، (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م) .

٢٨٦- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويتية ، الموسوعة الفقهية ، دار الصفوة ، القاهرة ، (١٤١٦هـ/١٩٩٥م) .

٢٨٧- ياسين ، محمد نعيم ، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النفائس ، الأردن ، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م).